

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS



**EL DEBER DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL DERECHO
A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL**

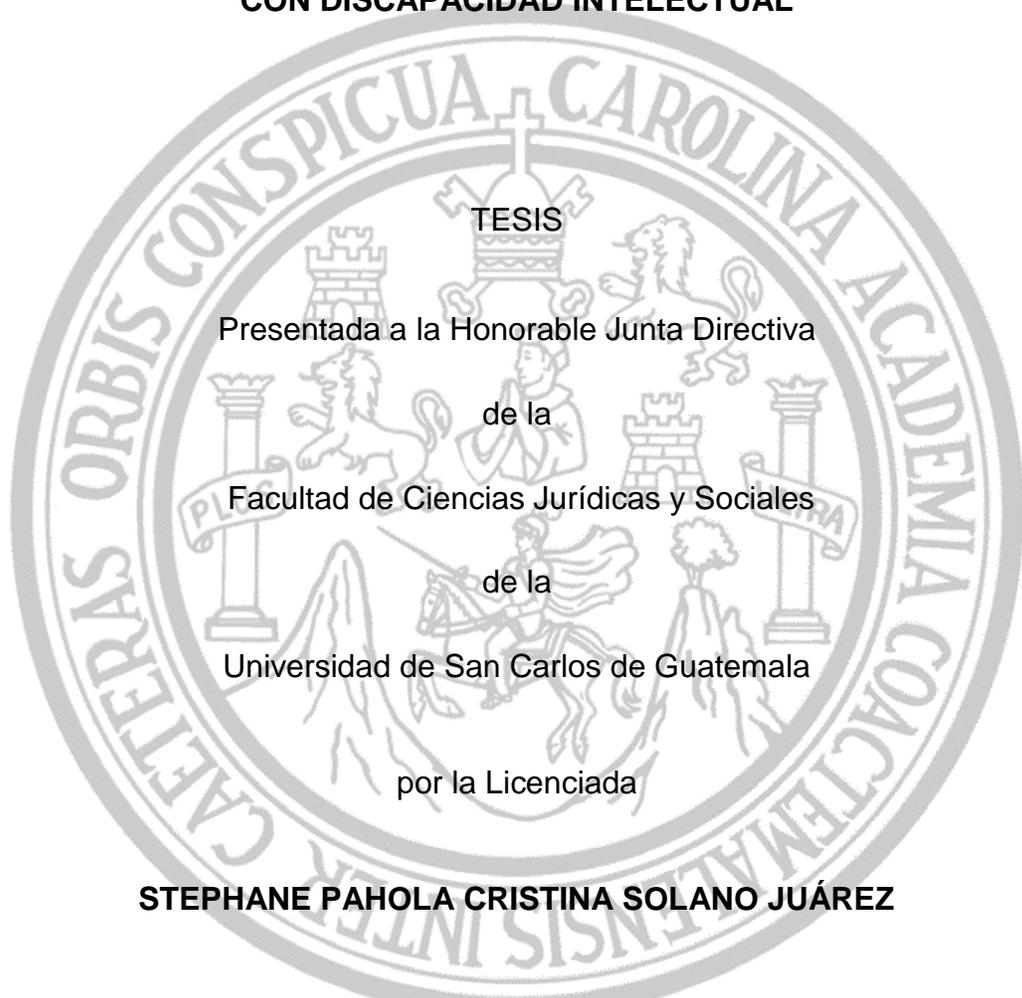
LICENCIADA

STEPHANE PAHOLA CRISTINA SOLANO JUÁREZ

GUATEMALA, JUNIO 2021

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS

**EL DEBER DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL DERECHO
A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por la Licenciada

STEPHANE PAHOLA CRISTINA SOLANO JUÁREZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRA EN DERECHOS HUMANOS

(Magister Scientiae)

Guatemala, junio de 2021

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTA: Dra. Vilma Liceth Rojas Montejo

VOCAL: Dr. Jorge Alberto González Barrios

SECRETARIA: Dra. María Magdalena Jocholá Tujal

NOTA: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 20 de mayo de 2021

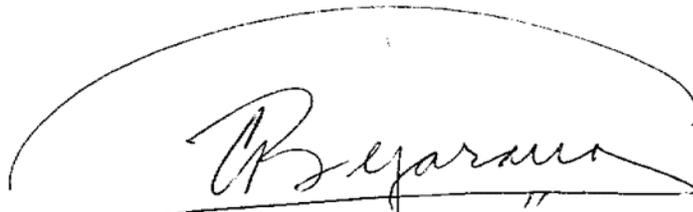
Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Director:

De conformidad con Acta de fecha 14 de mayo de 2021, la estudiante **Licenciada Stephane Pahola Cristina Solano Juárez** aprobó con recomendaciones el examen de la tesis intitulada "EL DEBER DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL", correspondiente a la Maestría en Derechos Humanos.

El Tribunal Examinador, acordó designarme para revisar la incorporación al trabajo de tesis de las recomendaciones formuladas; por lo que habiendo revisado nuevamente la Tesis indicada, informo que la Licenciada **Stephane Pahola Cristina Solano Juárez**, cumplió con modificar e incluir los aspectos recomendados por dicho Tribunal.

Deferentemente,



Dra. Rosa del Carmen Bejarano Girón
Tutora de Tesis

Guatemala, 04 de junio de 2021

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

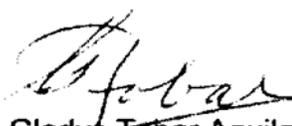
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción, ortografía, sistema de referencias y estilo, de la tesis denominada:

**EL DEBER DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA CAPACIDAD
JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL**

Esta tesis fue presentada por la **Lcda. Stephane Pahola Cristina Solano Juárez** de la Maestría en Derechos Humanos, de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,


~~Dra. Gladys Tobar Aguilar~~
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras.
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada. 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 14 de junio del dos mil veintiuno.-----

En vista de que la Licenciada Stephane Pahola Cristina Solano Juárez aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derechos Humanos** lo cual consta en el acta número 11-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL DEBER DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

A DIOS, Por darme de su sabiduría y entendimiento para lograr esta meta, por ser mi fuerza y mi fortaleza, y permitirme que las puertas de bendición y del éxito me sean abiertas.

A mis padres, José Solano y Cristina Juárez por alentarme a continuar con finalizar esta meta, por creer en mi y darme su apoyo incondicional durante todo el camino para lograrlo. Por el sacrificio que han hecho por mi para que pueda seguir profesionalizándome y por sus palabras de aliento cuando he desmayado.

A mi hermano, Jonathan, porque una vez más me demostró que el amor fraternal existe y su apoyo ha sido incondicional para alcanzar esta meta. Por brindarme de su tiempo sin cobro alguno y porque ha sido un pilar importante que Dios ha puesto en mi vida para cumplir mis sueños.

A mi tía, Laura Juárez, por apoyarme con su tiempo, paciencia y esfuerzo físico para finalizar esta meta.

A Susana, Por alentarme con sus palabras para terminar lo que había empezado, por sus oraciones y por dedicarme de su tiempo para finalizar este grado profesional.

A mi tutora, Dra. Bejarano, por darme de sus conocimientos y orientarme correctamente en la redacción y finalización de mi investigación. Por estar al pendiente de mi y alentarme en el camino de los derechos humanos.

A los profesores, Francisco Bariffi, Agustina Palacios, Renata Bregaglio, Renato Constantino y Federico Isaza a quienes agradezco haberme orientado en el tema de investigación y haberme compartido diversos documentos de estudio.

A Paul Zamudio
y Rosalía Mejía, por haberme brindado sus conocimientos y experiencias en el tema de investigación.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPÍTULO I.....	1
La discapacidad a la luz de los Derechos Humanos	1
1. ¿Qué es la discapacidad?	1
1.1. Paradigmas o modelos de la discapacidad	4
1.2. El modelo tradicional de prescindencia o de caridad	4
1.2.1. El submodelo eugenésico	4
1.2.1.1. Noción de persona con discapacidad	5
1.2.1.2. Respuestas sociales	6
1.2.2. El submodelo de marginación	6
1.2.2.1. Noción de persona con discapacidad	7
1.2.2.2. Respuestas sociales	7
1.2.3. Modelo médico o rehabilitador	10
1.2.3.1. Concepto de persona con discapacidad	13
1.2.4. Modelo social	14
1.2.4.1. Concepto de persona con discapacidad	17
1.3. Enfoque de Derechos Humanos	18
1.4. Discapacidad intelectual.....	20
1.4.1. Discapacidad intelectual y los Derechos Humanos.....	23
1.4.2. Igual reconocimiento de la persona ante la Ley	25
1.4.3. Derecho a ser independiente e incluido en la comunidad	26
1.4.4. Respeto del hogar y de la familia	26
1.4.5. Educación	27
1.4.6. Participación en la vida política y pública	28
1.4.7. Igualdad y no discriminación	28



CAPÍTULO II.....	33
Regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones	33
2. Tutela.....	35
2.1. Curatela.....	38
2.1.1. Orígenes	38
2.1.2. Definición	41
2.2. Interdicción e incapacidad	43
2.2.1. Incapacidad.....	45
2.2.1.1. Definición	45
2.2.1.2. Características	46
2.2.1.3. Principios	47
2.3. Internamientos involuntarios.....	48
2.4. ¿Protección o violación?	50
2.5. Sistema de Apoyos y Salvaguardias	62
2.5.1. Apoyos	62
2.5.2. Clasificación	71
2.5.3. Salvaguardias	74
2.5.4. Características	76
CAPÍTULO III.....	87
El debate de la capacidad jurídica como un derecho humano de las personas con discapacidad intelectual	87
3. Definición.....	87
3.1. Características	88
3.2. Clases	88
3.2.1. Capacidad de goce	89
3.2.1.1. Características.....	90
3.2.2. Capacidad de ejercicio	91
3.2.2.1. Características.....	91
3.3. Incapacidad.....	91
3.3.1. Incapacidad absoluta	92



3.3.2. Incapacidad relativa	93
3.4. La capacidad jurídica desde los Derechos Humanos.....	94
3.4.1. Capacidad jurídica como garantía de respeto.....	96
3.4.2. Capacidad jurídica como garantía de protección	98
3.4.3. Capacidad jurídica como garantía de cumplimiento.....	100
3.4.4. Capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad.....	102
3.4.5. Capacidad jurídica y su relación con otros derechos	110
3.4.6. Capacidad jurídica y acceso a la justicia.....	111
3.4.7. Capacidad jurídica, libertad, seguridad y consentimiento	113
3.4.8. Capacidad jurídica e integridad.....	115
3.4.9. Capacidad jurídica y derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.....	119
3.4.10. Capacidad jurídica y el derecho a casarse y fundar una familia	121
3.4.11. Capacidad jurídica y el derecho a la participación política.....	125
CAPÍTULO IV	127
El Estado como garante del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual	127
4. Aplicación del modelo de apoyos y salvaguardias en otros países	128
4.1. Perú.....	128
4.1.1. Cambios relevantes sobre la capacidad jurídica en el Código Civil peruano	128
4.1.2. Reconocimiento de la capacidad jurídica.....	129
4.1.3. Reconocimiento de apoyos y salvaguardias	131
4.2. Colombia	136
4.3. Guatemala.....	140
4.3.1. Medidas legislativas	141
4.3.2. Medidas judiciales.....	142
4.3.3. Medidas notariales	144
4.3.4. Medidas administrativas.....	144



4.4. El deber del Estado de garantizar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual..... 145

CONCLUSIONES..... 157

REFERENCIAS 159

INTRODUCCIÓN



A lo largo de la historia, las personas con discapacidad han sufrido múltiples discriminaciones por parte del Estado y la sociedad, teniendo que enfrentar una serie de eventos, etapas y paradigmas, hasta lograr ser parte de un Estado de derecho e inclusión dentro de la sociedad, obteniendo el otorgamiento de sus derechos fundamentales y que los mismos sean cumplidos.

En ese sentido, Guatemala ha reconocido constitucionalmente a las personas con discapacidad en el artículo 53. Asimismo, cuenta con una ley marco denominada Ley de Atención a las Personas con Discapacidad, Decreto 135-96 del Congreso de la República y finalmente, ha ratificado dos convenciones internacionales relacionadas con la materia, siendo la Convención Interamericana Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las personas con Discapacidad y la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Al respecto, es menester indicar que la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su preámbulo, reconoce la importancia que reviste para las personas con discapacidad su autonomía, independencia individual, incluida la libertad de tomar decisiones, libertad reconocida como principio en el artículo 4, inciso a).

En ese orden de ideas, la Convención en su artículo 12 también establece el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás en todos los aspectos de la vida, estableciendo para ello que los Estados deben tomar las medidas pertinentes con el fin de que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica.

No obstante, el Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones finales con respecto al informe inicial presentado por el Estado de Guatemala en el año 2016, expresó su preocupación, dado que el Código Civil del Estado de Guatemala aun contempla la restricción de la capacidad jurídica de las personas con



discapacidad, sin que exista hasta la fecha un compromiso para su armonización con la Convención. De esta manera, sugirió al Estado tomar las medidas apropiadas para que las personas con discapacidad puedan ejercer todos los derechos establecidos en la Convención, dado que la capacidad jurídica es un derecho que abre las puertas para el disfrute y ejercicio de otros derechos.

Este problema se intensifica en el caso de las personas cuya deficiencia es mental, intelectual o psicosensorial. Por ello, nos centraremos en el caso de las personas con discapacidad intelectual y esto nos lleva al siguiente cuestionamiento: ¿cuáles son las medidas que debe adoptar el Estado de Guatemala para garantizar el pleno y libre ejercicio en condiciones de igualdad y sin discriminación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, con el fin de lograr su reconocimiento y que sea respetada su voluntad en todos los aspectos de la vida, tal como lo establece la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

Como hipótesis planteada para efectos del trabajo de investigación que se presenta, se indicó lo siguiente: en cumplimiento de los compromisos adquiridos convencionalmente, el Estado de Guatemala debe adoptar las medidas necesarias, ya sean legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, para garantizar el pleno y libre ejercicio en igualdad de condiciones y sin discriminación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

Partiendo de lo anteriormente expuesto, esta investigación aborda el problema planteado en cuatro capítulos:

En el primer capítulo se desarrolla el tema de la discapacidad a la luz de los derechos humanos, haciéndose una breve descripción respecto a qué es la discapacidad intelectual y su relación con los derechos humanos. Asimismo, se describen los diferentes modelos por los que ha pasado la discapacidad en su evolución, siendo estos los modelos de prescindencia, médico-rehabilitador y social, así como la descripción del enfoque de derechos humanos de la discapacidad.



En el segundo capítulo se desarrollan los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, tales como la tutela, curatela, interdicción e internamiento involuntario, mismos que se encuentran vigentes en nuestra legislación, por lo que se hace un análisis histórico y jurídico sobre cada uno de ellos, determinando su función original en su creación y su funcionalidad actual, así como su relación con el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual. Así también, se aborda el Modelo de Apoyo y Salvaguardias desarrollando su definición, características y diferencias con los regímenes.

El tercer capítulo se centra en el debate de la capacidad jurídica como un derecho humano de las personas con discapacidad intelectual, por lo que se desarrolla específicamente a la capacidad jurídica desde la óptica de los derechos humanos y cómo se convierte en la puerta para el goce y ejercicio de otros derechos establecidos en la Convención para este grupo poblacional.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo se desarrolla la situación actual de Guatemala en relación con el derecho de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, analizándose las posibles soluciones y medidas que el Estado de Guatemala puede tomar al respecto para cumplir con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Asimismo, se hace un estudio comparativo sobre las medidas que otros Estados –como en Colombia y Perú– han adoptado para el ejercicio de la capacidad jurídica, siendo éstas la implementación del sistema de Apoyos y Salvaguardias, por lo que se reflexiona la posibilidad de que el Estado de Guatemala pueda también adoptarlas.

Es así como en las siguientes páginas nos adentramos en el estudio e investigación de la capacidad jurídica como un derecho de las personas con discapacidad intelectual y la responsabilidad del Estado de Guatemala como garante en el ejercicio de dicho derecho.



CAPÍTULO I

La discapacidad a la luz de los Derechos Humanos

La discapacidad a lo largo de los años se ha visto como un término médico, catalogado como una enfermedad que debe ser curada a través de medicamentos y terapia; sin embargo, es importante hacer notar que la discapacidad actualmente también es un tema de derechos humanos, la cual se debe estudiar tomando en cuenta que existe una alta tasa de personas con discapacidad en el mundo y que también son sujetos de derecho.

1. ¿Qué es la discapacidad?

Ahora bien, ¿qué es la discapacidad? A través de la historia se han desarrollado diversas conceptualizaciones que dan respuesta a esta interrogante, sin embargo, este concepto ha tenido un alto grado de dinamismo, estableciendo una evolución que marca la nueva era de los derechos humanos.

En el año 2001 la Organización Mundial de la Salud (OMS) impulsó la nueva clasificación internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud considerando el concepto de discapacidad como un término genérico que incluía condiciones de salud, limitaciones en la actividad y restricciones a la participación de una persona. De la misma manera, definía a las deficiencias como problemas que afectan a una estructura o función corporal, a las limitaciones de la actividad como dificultades para ejecutar acciones o tareas y a las restricciones de la participación como problemas para participar en situaciones vitales (SENADIS, 2015, p. 11).

Posteriormente, la OMS realizó la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) que hace una distinción entre deficiencia, discapacidad y minusvalía, refiriéndose a cada una de ellas de la siguiente manera:



- a. Deficiencia: se refiere a toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Las deficiencias son trastornos en cualquier órgano que incluyen defectos en extremidades, órganos u otras estructuras corporales, así como en alguna función mental o la pérdida de alguno de estos órganos. Ejemplos de estas deficiencias son la sordera, la ceguera o la parálisis; en el ámbito mental, el retraso mental y la esquizofrenia crónica, entre otras.

- b. Discapacidad: se define como la restricción o falta de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro de los márgenes que se consideran normales para un ser humano. Engloba las limitaciones funcionales o las restricciones para realizar una actividad que resultan de una deficiencia. Las discapacidades son trastornos definidos en función de cómo afectan la vida de una persona. Algunos ejemplos de discapacidades son las dificultades para ver, oír o hablar normalmente, para moverse o subir las escaleras, para bañarse, comer o ir al servicio sanitario.

- c. Minusvalía: hace referencia a una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o discapacidad que lo limita o impide desempeñar una función considerada normal en su caso. La minusvalía describe la situación social y económica de las personas deficientes o discapacitados, desventajosa en comparación con las de otras personas (Muñoz, 2010, p. 399).

La Convención Interamericana Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobada en Guatemala por el decreto 26-2001 del Congreso de la República) definía la discapacidad como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Es importante mencionar que esta convención entró en vigor en el año 1999 previo a la Convención Universal cuya entrada en vigor data del 2008.



Con estos conceptos aún se puede notar la idea retrógrada sobre la discapacidad considerándola como un término médico sin siquiera prestarle atención a la persona como tal, obviando que es un ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Fue hasta el 2008, con la entrada en vigor de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de aquí en adelante la CRPD (por sus siglas en inglés y aprobada en Guatemala por el decreto 59-2008 del Congreso de la República) que el término dio un giro acercándolo a la era de derechos humanos.

En ese sentido se deja de usar los términos “deficientes”, “discapacitados” o “minusválidos” para referirse a las personas con discapacidad, estableciéndose la integración del término “persona” ante todo, puesto que son sujetos de derechos y se las define como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, párrafo dos, artículo uno)

Derivado de lo anterior, en el 2009 Guatemala adoptó a la CRPD y por medio del decreto 5-2011 del Congreso de la República modificó la definición de discapacidad que se establecía el Decreto 135-96 del Congreso de la República de la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad, estableciéndolo de la siguiente manera: “Se considera como discapacidad cualquier deficiencia física, mental o sensorial, trastornos de talla y peso, genéticas, congénitas o adquiridas, que limite substancialmente una o más de las actividades consideradas normales para una persona” (Ley de atención a las personas con discapacidad, artículo tres)

De estos conceptos han quedado de manifiesto varias cuestiones fundamentales. En primer lugar, nadie sufre discapacidad puesto que no es una enfermedad sino el resultado de una interacción con el entorno que puede ser modificada. Asimismo, con la entrada en vigor de la CRPD se puso de manifiesto que estamos hablando de seres humanos que son sujetos titulares de derechos y que cuentan con capacidad jurídica

para ejercerlos. Por último, estas definiciones buscan dejar de lado todo paradigma médico o rehabilitador y que se tenga un enfoque de derechos humanos.



1.1. Paradigmas o modelos de la discapacidad

Para entender la discapacidad desde un punto de vista de derechos humanos, es necesario realizar una aproximación a los paradigmas o modelos por los cuales este concepto ha pasado para ser una cuestión de derechos humanos.

1.2. El modelo tradicional de prescindencia o de caridad

En este primer modelo se considera que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso y en el que las personas con discapacidad son asumidas como innecesarias porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses o que no merecen la pena vivir (Bariffiy Palacios, 2007, p. 13).

Este modelo, como su nombre lo indica, busca prescindir de las personas con discapacidad en el que la sociedad las sitúa como personas anormales. A su vez, dentro de este modelo se sitúan dos submodelos:

1.2.1. El submodelo eugenésico

Surgió en la antigüedad, tanto en la sociedad griega como en la romana, basándose en motivos religiosos y políticos que consideraban inconveniente el desarrollo y crecimiento de niños con deficiencias. Se daba lugar a creer que la discapacidad era el resultado de un pecado cometido por los padres (en el caso de Grecia) o una advertencia de que la alianza con los dioses se encontraba rota en el caso de Roma. Se sostenía la



idea de que la vida de una persona con discapacidad no merecía la pena puesto que se le consideraba una carga para los padres y para la comunidad.

1.2.1.1. Noción de persona con discapacidad

La persona pertenecía al Estado y se encontraba consagrada a su defensa. En Roma, el servicio militar obligaba el servicio hasta los 46 años; en Atenas y Esparta toda la vida. Era común que las costumbres fuesen reglamentadas por las leyes de la ciudad. El ciudadano quedaba sometido a la ciudad; le pertenecía por completo. La religión, que había engendrado al Estado y el Estado que conservaba la religión; ambas se sostenían mutuamente y formaban un todo. Estos dos poderes, asociados y confundidos, componían una fuerza casi sobrehumana a la cual el hombre quedaba esclavizado en cuerpo y alma (Palacios, 2008, p. 39).

En este submodelo la situación que resolvía sobre el sentido de la vida de las personas era su utilidad para la comunidad. En esa época, el concepto de persona que no era el mismo que el tenemos en nuestros días, por lo que se consideraba a la persona con discapacidad como monstruos o deformes y no eran considerados seres humanos.

Por otro lado, es importante mencionar que existía una diferencia en cuanto a la concepción de la persona, dependiendo si la discapacidad era congénita o adquirida por un accidente, herida de guerra o enfermedad, perseguido en el caso de niños que nacían con diversidades funcionales. La solución común era el exterminio. Sin embargo, en el caso de que la discapacidad fuese adquirida con posterioridad, especialmente a consecuencia de la participación en la guerra, el destino era diferente.

En Atenas los soldados con discapacidad llegaban a recibir pensiones y en Roma les era compartida la comida, dinero y territorios. Esto funcionaba de dicha manera, probablemente por dos causas. La primera, al no haber nacido con discapacidad, la persona no padecía el estigma generado por la creencia religiosa que suponía que era



un castigo de los dioses. La segunda, es que tras haber obtenido la discapacidad a consecuencia de la guerra, se demostraba que aquellos que quedarán imposibilitados tendrían un resguardo y así incentivarlos para las batallas.

1.2.1.2. Respuestas sociales

En términos generales, las personas con discapacidad que pudieran sobrevivir en la antigüedad eran objeto de un tratamiento cruel y de persecuciones con resultados que llegaron hasta la muerte.

Por otro lado, como se ha mencionado anteriormente, respecto a la condición de ciudadano en la antigüedad llevaba menosprecio hacia la diversidad funcional, es decir, hacia la persona con discapacidad. Sin embargo, no podemos dejar de lado que existían algunas excepciones dependiendo de la clase social a la que pertenecía la persona con discapacidad.

Un claro exponente de ello fue el Emperador Claudio (10-54 d.C.) en la cultura romana. En su obra *Los doce Césares*, Cayo Suetonio lo describe de la siguiente manera: “cuando marchaba, sus inseguras piernas se doblaban frecuentemente, en sus juegos, así como los actos más graves de su vida, mostraba varios defectos naturales” (Palacios, 2008, p. 59). Claudio era considerado un deforme y tratado como tal, perseguido por su madre quien se refería a él como “una caricatura de hombre”. A pesar de la falta de apoyo, contención familiar y de las circunstancias adversas que lo acompañaron, llegó a ocupar el puesto más alto. Desde luego, fue un caso excepcional.

1.2.2. El submodelo de marginación

Surgió durante la Edad Media en donde las personas con discapacidad se encontraban dentro del grupo de los pobres y los marginados. Durante esta época, el



médico o el sacerdote determinaban si la discapacidad era un proceso natural o diabólico. El rasgo principal de este submodelo era la exclusión, ya sea por considerar a la persona con discapacidad como objeto de compasión o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objetos de maldiciones o como advertencia de un peligro inminente.

1.2.2.1. Noción de persona con discapacidad

A diferencia de la sociedad antigua en la que se prescindía de las personas con discapacidad, en la Edad Media ocupaban un sitio: el de los marginados. Como es sabido, en aquella época no existía conciencia respecto a la discapacidad. En consecuencia, las personas con discapacidad se encontraban incluidas dentro del grupo de pobres y mendigos.

Ahora bien, los mendigos en la sociedad medieval desempeñaban un papel social determinado: se encontraban insertos en el cuadro de la división social de las pasiones y participaban en las formas organizativas de la vida corporativa. Resultaban necesarios por cuanto ofrecían la posibilidad de testimoniar la caridad; se encontraban organizados y estabilizados y vivían en el respeto a las normas de la convivencia social. Por dicha causa, se repetía al rico la obligación respecto al sistema y en cuyo vértice se situaba a Dios de cumplir con sus cargas relativas a la ayuda de vida a los pobres y desvalidos (Palacios, 2008, p. 58).

1.2.2.2. Respuestas sociales

Durante la Edad Media, las personas con discapacidad fueron objeto de un doble tratamiento. Por un lado, del trato humanitario y misericordioso que inculcaba la caridad cristiana, y por otro de un tratamiento cruel y marginador, originado como consecuencia del miedo y el rechazo. Cualquiera de estas dos consideraciones tenía el mismo resultado: la exclusión.



El destino de las personas con discapacidad era el apelar a la mendicidad y así convertirse en un medio para que los de mejor situación salvarán a sus remordimientos. De esta manera, la marginación era consecuencia de la calidad la cual se plasmó profundamente mediante la práctica de la mendicidad.

Por otro lado, como consecuencia de las invasiones, las frecuentes guerras y las grandes epidemias, aumentó el número de personas enfermas y de personas con discapacidad y seguido a esta época de Cruzadas, canciones de gesta y de catedrales, fue también la época de las enfermedades colectivas y de las pandemias. Fue entonces cuando la muerte negra se abalanzó sobre Europa, arrastrando indistintamente a las personas, sin prestar atención en que éstas fueran reyes, eclesiásticos o mendigos. En ese momento comenzaron a descargarse sobre ellos acusaciones de brujería y de posesión de artes diabólicas (Palacios, 2008, p. 64).

El espíritu colectivo y el pensamiento social que imperaba en Europa en aquella época se encontraban dominados por la superstición. La creencia en el diablo sirvió de base a esa influencia supersticiosa y las enfermedades pasaron a ser consideradas como pruebas o castigos enviados por Dios.

De ese modo, las personas con discapacidad, específicamente las personas con discapacidades psíquicas, dejaron de ser inocentes del Señor para pasar a ser fruto del pecado y del demonio. Estas personas eran la prueba viviente de la existencia de Satanás y de su poder sobre los hombres. Se puede citar como máximo exponente de esta ideología al *Malleus Malefiarum* que establecía que cuando el paciente no encontraba alivio en los medicamentos sino empeoraba con ellos, la enfermedad era producto del demonio. En ese mismo sentido, se pensaba que los niños y niñas con discapacidad habían suplantado a otros al nacer y que eran los sustitutos del diablo; esos niños eran el producto de las prácticas de brujería y hechicería de sus madres (Palacios, 2008, p. 64).



Por otro lado, es importante aclarar que aunque ningún ser humano que tuviera una discapacidad física o mental se escapaba de la acusación de brujería, a las personas con discapacidad intelectual y a los denominados *locus* no alborotadores, se les permitía vagar en libertad. En este contexto, se consideraba que existía la buena y la mala locura medieval que se trataba de personajes sociales a sanar o por segregar, es decir, que si no eran curados de su enfermedad, eran excluidos de la sociedad.

Como hemos anotado, este paradigma proviene desde la antigüedad y todavía se encuentra vigente, con pensamientos de que la persona con discapacidad debe ser dependiente de los demás y que inevitablemente los conlleva a ser objetos de caridad.

En este modelo, a quienes tienen discapacidad se les considera objetos de lástima y no personas con derechos o sujetos de derecho. De ahí vienen los términos incorrectos en cómo se denomina a una persona con discapacidad: inválido, impedido, tullido, cieguito, sordito, mongolito, incapaz, loquito, tontito, excepcional, especial, etc., todos tienen el sello de “pobrecito” o “pobrecita”. Es bueno indicar que este enfoque tiende a enfatizar o a caracterizar como si fueran niñas o niños a las personas con discapacidad aun cuando hayan alcanzado la edad adulta (Instituto Interamericano sobre discapacidad y desarrollo inclusivo y Colectivo Vida Independiente, p. 29).

En consecuencia, este modelo trata a las personas con discapacidad como sujetos pasivos de actos de bondad o de asistencia social, y no como individuos empoderados para participar en la vida política y cultural de la sociedad y en su propio desarrollo. Además, dependen de instituciones altruistas como casas de caridad, asilos, fundaciones, iglesias, instituciones, entre otros, a los que el Estado y la sociedad delegan políticas en materia de discapacidad y responsabilidad para la atención y desarrollo de las personas con discapacidad.



1.2.3. Modelo médico o rehabilitador

Desde la perspectiva de este modelo se considera que las causas que dan origen a la discapacidad son científicas. Aquí las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, siempre que sean rehabilitadas; su fin primordial es normalizar a la persona con discapacidad, rehabilitándola psíquica, física o sensorialmente.

Las características o presupuestos fundamentales del modelo que se denominará rehabilitador son dos. En primer lugar, las causas para justificar la discapacidad ya no son religiosas, sino pasan a ser científicas. En este modelo ya no se habla de Dios o del diablo, sino se alude a la diversidad funcional en términos de salud o enfermedad. En segundo lugar, las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles respecto de las necesidades de la comunidad. Ahora se entiende que pueden tener algo que aportar, aunque ello sea en la medida en que sean rehabilitadas. Se considera entonces que la persona con discapacidad puede ser rentable a la sociedad, pero dicha rentabilidad se encontrará supeditada a la rehabilitación.

Los primeros síntomas del modelo rehabilitador datan en los inicios del mundo moderno, sin embargo, la consolidación del modelo puede ser situada en los inicios del siglo XX, al finalizar la Primera Guerra Mundial. Las causas que dieron origen a su plasmación podrían ser resumidas entre la guerra y los accidentes laborales. Relata Jacques Stiker (Bariffi y Palacios, 2007, p. 16) que al finalizar la Primera Guerra Mundial un número alarmante de hombres quedaron heridos de por vida. Estas personas fueron denominadas como *mutilados de guerra*, para distinguirlos de aquellas discapacidades adquiridos por accidentes laborales. El mutilado era una persona a quien le faltaba algo, ya fuera un órgano, un sentido o una función. De este modo, la primera imagen presentada por este cambio en la terminología fue la de daño por perjuicio. La sensación era que la guerra se había llevado algo que se debía reemplazar. Fue así como en este momento la discapacidad comenzó a ser relacionada con los heridos de guerra y



comenzó a ser vista como una insuficiencia, una deficiencia por ser erradicada. (Bariffi y Palacios, 2007, p. 16)

Derivado de lo anterior, se empezaron a crear políticas legislativas para garantizar servicios sociales a los veteranos de guerra con discapacidad, compensándolos con pensiones por invalidez, beneficios de rehabilitación y cuotas laborales. Sin embargo, en la década de los sesenta estas medidas fueron extendidas a todas las personas con discapacidad, sin importar la causa de la misma. Fue entonces cuando el objetivo pasó a ser rehabilitar a las personas con educación especial, beneficios de rehabilitación médica, cuotas laborales y servicios de asistencia institucionalizados. De esta manera las personas con discapacidad recibían beneficios de los servicios sociales.

Sin embargo, la guerra trajo consigo una suerte diferente para las personas con discapacidad mental. En Alemania los nazis practicaron asesinatos de la forma más brutal e indiscriminada con la pretensión de garantizar la mejora de la raza. En aplicación de las políticas representativas del modelo de prescindencia, los campos de concentración y las cámaras de gas se convirtieron en el destino de miles de personas aquejadas con trastornos y diversidades funcionales, considerados todos ellos improductivos y peligrosos (Palacios, 2008, p. 70).

En Estados Unidos, a las personas con discapacidad se les requirió para participar activamente en la contienda, con la pretensión de gozar del privilegio de defender al país; sin embargo, a pesar de que en su mayoría las personas con discapacidad intelectual cumplían con sus obligaciones en los diferentes frentes de la guerra, se les volvió a recluir una vez culminada la situación de emergencia. Ahora bien, con respecto al resto de discapacidades, especialmente la física y sensorial, comenzaron a fijarse ciertos objetivos como la recuperación físicosomática y funcional.

Desde el punto de vista jurídico, la discapacidad fue abordada exclusivamente en una legislación de asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del



derecho civil relacionadas con la interdicción y tutela; el objetivo principal es la modificación y reforma de políticas en atención a la salud.

Dejando de lado la historia, en este modelo se considera que la discapacidad es exclusivamente un problema de la persona, ocasionado por una enfermedad, accidente o condición de la salud que requiere cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En ese sentido, el tratamiento de la discapacidad se encontraba encaminado a conseguir la cura o mejor adaptación de la persona, o bien un cambio en su conducta.

En sentido general, a la persona se le considera paciente quien para adaptarse a las condiciones del entorno que lo rodea debe ser sometido a la intervención de los profesionales de la rehabilitación. En este caso, el cambio que debe darse se ubica más en el paciente y el entorno; la idea principal es que la persona recupere en el mayor grado posible de salud y funcionalidad para la realización de las actividades de la vida diaria y para su reincorporación en la actividad productiva, es decir, para trabajar nuevamente. En este modelo la discapacidad es vista como un problema de salud; la persona que recibe la rehabilitación debe seguir las recomendaciones y orientaciones del equipo profesional, sin hacer cuestionamientos.

El proceso de la normalización parte de la idea de que las personas con deficiencias deben alcanzar una existencia tan próxima a lo normal como sea posible. Es bueno indicar que actualmente este modelo es compartido por la mayor parte de profesionales relacionados con discapacidad, quienes tienen influencia en este ámbito. Esto hace que muchas de las leyes, políticas y acciones tengan este sello del modelo médico, aun cuando muchas actitudes y comportamientos en nuestras sociedades sean propiedad del modelo tradicional, de prescindencia o caritativo (Instituto Interamericano Sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo y Colectivo Vida Independiente, p. 31).

De forma resumida, en este modelo la atención se centra en gran medida en la deficiencia de la persona que se representa como la fuente de la discapacidad, sus



derechos son absorbidos o identificados con el tratamiento médico proporcionado al paciente. Las personas pueden recuperarse a través de los tratamientos médicos y de la rehabilitación para volver a la sociedad, para ser consideradas capaces de valerse por sí mismos; tienen que ser curados de la enfermedad o al menos se debe reducir tanto como sea posible.

El problema principal que genera este paradigma es que, si la discapacidad es manejada como un problema médico, expertos como médicos, psiquiatras, enfermeros y otros profesionales de la salud ostentan un gran poder sobre la persona con discapacidad, puesto que son ellos quienes toman las decisiones por los pacientes para ser tratadas dentro de un marco médico. Sin embargo, si la persona con discapacidad no se recupera, no podrá volver a la sociedad y se mantendrá aislada e instituciones médicas o en su hogar. En el peor de los casos, este tipo de enfoque puede llegar a legitimar la explotación, la violencia y el abuso, puesto que puede generar un ambiente de experimentos en la persona con discapacidad.

1.2.3.1. Concepto de persona con discapacidad

Tal como se ha mencionado, en este modelo ya no existe una explicación religiosa respecto al origen de la discapacidad, cambiándose a un criterio exclusivamente científico y médico. La persona con discapacidad es un ser humano que se considera desviado de una supuesta norma estándar, y por dicha razón se encuentra limitada o impedida de participar plenamente en la vida social.

Esta suposición arrastra una identificación de la diversidad funcional con la enfermedad. Esto comporta el convencimiento de que la deficiencia/enfermedad, al ser una situación modificable, debe ser en todos los casos curada y por ende las personas con discapacidad han de ser en todos los casos rehabilitadas. Como consecuencia de dichas suposiciones, la vida de una persona con discapacidad tiene un sentido, pero siempre supeditado a dicha rehabilitación que será perseguida a través de ciertas



herramientas, entre las que se destacan la intervención estatal en lo relativo a la asistencia pública, el trabajo protegido, la educación especial y los tratamientos médicos y aplicación de avances científicos (Palacios, 2008, p. 81).

1.2.4. Modelo social

Los presupuestos fundamentales del modelo social son dos. En primer lugar, se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. En cuanto al segundo presupuesto, se considera que las personas con discapacidad tienen mucho por aportar a la sociedad, o que al menos la contribución será en la misma medida que el resto de personas. De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia (Palacios, 2008, p. 103).

Estos presupuestos establecen con claridad que las causas que originan la discapacidad son sociales, por lo que no debe apuntarse individualmente a la persona afectada, sino se deben encontrar soluciones dirigidas hacia la sociedad que puedan hacer frente a las necesidades de todas las personas.

Dentro de las características que identifican a este modelo es que la vida de una persona con discapacidad tiene el mismo sentido que la vida de una persona sin discapacidad. El objetivo principal de este paradigma es rescatar las capacidades y no reflejar las discapacidades, buscando la inclusión a través de igualdad de oportunidades. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con los derechos humanos y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal,



propiciando la inclusión social sobre la base de determinados principios, tales como la vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros. Parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades (Bariffi y Palacios, 2007, p. 19).

La importancia de este modelo es que establece que la persona puede tener variaciones físicas, sensoriales, intelectuales y psicosociales que les pueden generar limitaciones y que esto conduce a la discapacidad, en consideración de que los Estados y las sociedades no tienen en cuenta la diversidad humana y las diferencias individuales. Su principal propulsión es la igualdad entre las personas, resaltando que la discapacidad forma parte de la diversidad humana y se reivindica el derecho a la diferencia.

Es posible situar el nacimiento del modelo social a finales de la década de los sesenta del siglo XX. Su situación geográfica debe ser situada en Estados Unidos e Inglaterra, donde las personas con discapacidad tomaron la iniciativa e impulsaron sus propios cambios políticos. Los activistas con discapacidad y las organizaciones de personas con discapacidad se reunieron para condenar su estatus como “ciudadanos de segunda clase”. Reorientaron la atención hacia el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos que provocaban la discapacidad a las personas con discapacidad. De este modo la participación política de las personas con discapacidad y sus organizaciones abrieron un nuevo frente en el área de los derechos civiles y la legislación antidiscriminatoria (Palacios, 2008, p. 107).

Derivado de lo anterior, en Estados Unidos surgió el movimiento denominado Vida Independiente que demandaba oportunidades para que las personas con discapacidad desarrollaran dentro del mercado la gestión de sus propios servicios, incluidas las



investigaciones sobre la provisión de los servicios sociales y demás temas relacionados con la discapacidad, además abogaban por servicios de rehabilitación sobre la base de sus propios objetivos y dirección propia de los programas. Por otro lado, en Inglaterra se concentraron en alcanzar cambios en la política social y en la legislación de derechos humanos, con el fin de superar las desventajas y las muchas barreras que se establecían para las personas con discapacidad.

A pesar de que ambos países luchaban por los derechos de las personas con discapacidad, fue el movimiento Vida Independiente lo que dio origen al modelo social, quienes plantearon que quienes mejor conocían las necesidades de las personas con discapacidad no eran los médicos y enfermeras, sino las propias personas con discapacidad, siendo su mayor deseo la inclusión en sus comunidades. En ese sentido se establecieron nuevos principios: independencia, autosuficiencia, transversalidad y sobre todo que la discapacidad es un problema social.

El movimiento Vida Independiente fue extendiendo su filosofía por todo el país, para luego traspasar las fronteras nacionales. Actualmente tiene una enorme influencia en países como Suecia, Canadá, Inglaterra e inclusive España. Este movimiento fue un punto importante de partida para pasar de un modelo médico rehabilitador a un modelo social. En el preámbulo de la CRPD, inciso e) se reconoce este cambio cuando se indica:

Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que editan su parte y pasión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, preámbulo, inciso e)

En este enfoque, la discapacidad se colocaba como una característica más dentro de la diversidad de los seres humanos y no como la característica que debe definir la vida de una persona, que totaliza la vida de una persona en un marco de acción y exclusión. Consecuentemente, el problema de la discapacidad está localizado en el entorno sociocultural y físico y se deriva de la falta de conciencia del Estado y la sociedad hacia



la diferencia que representa la discapacidad. Derivado de ello, el Estado tiene la obligación de hacer frente a los obstáculos creados socialmente, con el fin de promover y garantizar el pleno respeto por la dignidad y la igualdad de derechos de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad (Instituto Interamericano Sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo y Colectivo Vida Independiente, p. 33).

Es imprescindible anotar que en el modelo social las personas con discapacidad siguen yendo a los hospitales y centros que ofrecen tratamiento específico si es necesario. La diferencia está en el enfoque global del tratamiento, puesto que en el modelo social los profesionales de la salud mantienen una relación con la persona con discapacidad basada en el diálogo, en una línea de coordinación y no de subordinación.

1.2.4.1. Concepto de persona con discapacidad

La noción de persona con discapacidad desde este modelo se basa, más allá de la diversidad funcional de las personas, en las limitaciones de la propia sociedad. De este modo se realiza una distinción entre lo que se denomina deficiencia y lo que se entiende por discapacidad.

Según (Palacios, 2008, p. 123) la Union of Physically Impaired Against Segregation define dichos conceptos de la siguiente manera:

- a. Deficiencia: es la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo.
- b. Discapacidad: es la desventaja o restricción de actividad causada por la organización social contemporánea que no considera o considera en forma insuficiente a las personas que tienen diversidades funcionales y por ello se las excluye de la participación en las actividades comunes de la sociedad.



Entonces, podríamos decir que la deficiencia es esa característica de la persona consistente en la falta de un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o del ambiente que no funciona o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas. Sin embargo, con base en dichas definiciones, la discapacidad estaría compuesta por los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con una diversidad funcional vivir una vida en sociedad. Para entenderlo mejor se puede decir que la incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que la incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escaleras es una discapacidad. Esto fue lo que permitió la construcción de un modelo denominado social.

La distinción que se realiza es importante, puesto que al estudiarse los factores sociales que integran el fenómeno de la discapacidad, las soluciones no se elaboran apuntando igualmente a la persona afectada, sino más bien se encuentran dirigidas hacia la sociedad o teniendo presente el contexto social en el que la persona desarrolla su vida.

En ese sentido se puede decir que toda vida humana, con independencia de la naturaleza o complejidad de la diversidad funcional que le afecte, goza de igual valor en dignidad, teniendo la posibilidad de tomar las decisiones que afecten en lo que atañe a su desarrollo como sujeto moral y por ende debe permitírsele tomar dichas decisiones. Las personas con discapacidad deben gozar del mismo derecho a participar plenamente en todas las actividades sociales tanto económicas, políticas, sociales como culturales.

1.3. Enfoque de Derechos Humanos

El enfoque basado en derechos humanos “es un marco conceptual para el proceso de desarrollo (...) basado en las normas internacionales de derechos humanos con y desde el punto de vista operacional, está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006, p. 15).



El enfoque de derechos humanos de la discapacidad parte y se basa en el modelo social, mediante el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos, y el Estado y otros agentes tienen la responsabilidad de respetar los derechos de estas personas. No basa los derechos de la persona con discapacidad en la compasión sino en la dignidad y la libertad, buscando la manera de respetar, apoyar y celebrar la diversidad humana, creando las condiciones necesarias que permitan la participación de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.

Una característica importante es que se valora a las barreras en la sociedad como discriminación y ofrecen vías a las personas con discapacidad a denunciar cuando se enfrenten a este tipo de barreras. Por ejemplo, una persona con discapacidad que tiene derecho a votar en elecciones libres al igual que cualquier otra persona en la sociedad y sin embargo, si el material de votación no está en formatos accesibles, tales como el sistema braille, la persona con discapacidad no puede votar puesto que no puede tomar una persona de confianza dentro de la cabina de votación para ayudar a indicar quién es su candidato preferido. En el enfoque de derechos humanos se reconoce la falta de material electoral y la imposibilidad de contar con la asistencia en la votación como discriminatoria y coloca la responsabilidad en el Estado de garantizar que tales barreras discriminatorias se eliminen (Instituto Interamericano Sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo y Colectivo Vida Independiente, p. 36) Si eso no se cumple, la persona tiene la potestad de presentar un reclamo administrativo o judicial.

Al respecto, Luis Fernando Astorga, Director Ejecutivo del Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo (IIDDI) basándose en la Guía de Capacitación sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Serie de Capacitación Profesional No. 19, ONU, Nueva York y Ginebra 2012, indica lo siguiente:

El enfoque de derechos humanos es un acuerdo y un compromiso por parte de las personas con discapacidad, los Estados y el sistema internacional de derechos humanos para poner en práctica los aspectos principales del modelo social. Este enfoque es vinculante para todos los Estados que han ratificado la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, por lo que los Estados

deben eliminar y prevenir los actos discriminatorios. (Instituto Interamericano Sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo y Colectivo Vida Independiente, p. 37)



El enfoque de derechos humanos establece que todas las políticas y leyes deben ser diseñadas con la participación de las personas con discapacidad y se deben incluir los derechos de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la acción política y la construcción de la política pública. Siguiendo este modelo, no deben existir políticas especiales diseñadas para personas con discapacidad, ya que las políticas generales deben atender las particularidades necesarias para cumplir con el principio de plena participación. Bajo este modelo, las personas con discapacidad tienen derechos y cuentan con los instrumentos que pueden potenciar el reclamo de sus derechos.

Es importante mencionar que desde este enfoque el responsable principal es el Estado que debe cumplir con los derechos fundamentales de las personas con discapacidad a través de leyes, políticas públicas o acciones que permitan el disfrute de sus derechos humanos sin distinción alguna.

En ese sentido, el enfoque de derechos humanos plantea una nueva mirada a los procesos de desarrollo insertos a su vez dentro del programa de lucha contra la pobreza, llevados a cabo en diferentes Estados. La aplicación del enfoque de derechos humanos permitirá no solo el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, en relación con un derecho específico, sino una protección integral (Costantino, 2020).

1.4. Discapacidad intelectual

Tomando en cuenta que la presente investigación está íntimamente relacionada con la discapacidad intelectual, es necesario hacer una pequeña descripción sobre la misma a fin de que se tenga una mejor comprensión sobre el tema.



Los dos términos utilizados con mayor frecuencia para nombrar a este tipo de discapacidad han sido deficiencia mental (1908-1958) y retraso mental (1959-2009) (Verdugo y Schalock, 2010, p. 9). Ambas eran vistas como un trastorno o enfermedad mental y se les podía definir como:

Una alteración de tipo emocional, cognitivo y/o del comportamiento, en que quedan afectados procesos psicológicos básicos como son la emoción, la motivación, la cognición, la conciencia, la conducta, etc. Lo que dificulta a la persona su adaptación al entorno cultural y social en que vive y crea alguna forma de molestar subjetivo. (Cobo, 2010, p. 15)

Ahora bien, podemos resumir la evolución histórica de las concepciones del retraso o deficiencia mental haciendo referencia a dos momentos históricos claramente distintos:

Uno antes del siglo XIX, en que el retraso mental no se diferenciaba de otras alteraciones y era considerado como una variante de la demencia, cuyas causas se atribuían a bases orgánicas, biológicas o innatas. Y otro, a partir del siglo XIX, cuando se diferenció claramente de la demencia y de otras patologías, aunque de algún modo hasta 1959 siguen vigentes las tesis biologicistas del retraso mental, considerando este como una alteración constitucional del sistema nervioso central. A partir de 1959, las propuestas de la Asociación Americana sobre personas con Deficiencia Mental (AAMD) –que a mediados de los años ochenta pasó a denominarse Asociación Americana sobre personas con Retraso Mental (AAMR) – marcarán la pauta de la concepción vigente más aceptada en medios científicos y profesionales. (Verdugo, 1994, p. 6)

En el comienzo de los años sesenta la entonces denominada Asociación Americana sobre Deficiencia Mental (AAMD) publica el Manual Sobre Terminología y Clasificación en el Retraso Mental propone una definición ampliamente aceptada: "El retraso mental está relacionado con un funcionamiento intelectual general por debajo de la media, que se origina en el periodo del desarrollo, y se asocia con deficiencias en el comportamiento adaptativo" (Alonzo, 1994, p.7)



La anterior definición fue modificada en 1973 y 1983 con cambios no significativos sino hasta 1992, cuando la asociación definió lo siguiente:

El retraso mental se caracteriza por un funcionamiento intelectual y creativamente inferior a la media, que coexiste con limitaciones asociadas en dos o más de las siguientes áreas de habilidades adaptativas: comunicación, autocuidado, vida en el hogar, habilidades sociales, utilización de la comunidad, auto dirección, salud y seguridad, habilidades académicas funcionales, tiempo libre, y trabajo. (Verdugo, 1994, p. 15)

En el 2002 se realiza una nueva revisión de esta definición, sin embargo, es en el 2010 cuando la Asociación Americana de Retraso Mental pasa a denominarse como Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo, sustituyendo formalmente el concepto de retraso mental por discapacidad intelectual, siendo la definición oficial la siguiente:

La discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en la conducta activa tal como se ha manifestado en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad se origina antes de los 18 años. (Verdugo, 2003, pág.4)

Esta definición supuso un giro por muchos motivos, ya que la discapacidad mental deja de ser un rasgo del individuo para pasar a ser una expresión de la relación entre la persona con un funcionamiento intelectual determinado y su entorno. Se define, por lo tanto, a la discapacidad intelectual como un estado y no como una característica personal que permite el desarrollo de la misma, no teniendo que ser permanente.

Según (Wahlberg, 2014) el término de discapacidad mental o retraso mental fue reemplazado por el de discapacidad intelectual, en razón de la connotación peyorativa y el efecto estigmatizador que conllevaban dichos términos.

A este respecto, Verdugo (2010) manifiesta que la discapacidad intelectual es el término preferido por las siguientes razones:



- a. Evidencia el constructo sociológico de discapacidad.
- b. Se alinea mejor con las prácticas profesionales actuales que se centran en conductas funcionales y factores contextuales.
- c. Proporciona una base lógica para proporcionar apoyos individualizados debido a que se basa en un marco de referencia ecológico-social.
- d. Es menos ofensivo para las personas con esa discapacidad.
- e. Es más consistente con la terminología internacional, incluyendo los títulos de revistas científicas, investigación publicada y nombres de las organizaciones (p. 9).

Finalmente, a manera de tener conocimiento sobre el tema, es importante mencionar lo que al respecto establece el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V) en relación con la discapacidad intelectual, clasificándola como leve, moderada, intelectual grave, intelectual profunda e intelectual de gravedad no especificada, siendo utilizada esta última cuando existe claridad sobre la discapacidad, pero no es posible verificarse mediante los test, mismos que son vistos desde un punto de vista médico, por lo que no son objeto de estudio en el presente trabajo y por ende no serán estudiados con profundidad.

1.4.1. Discapacidad intelectual y los Derechos Humanos

Es indiscutible que nuestra perspectiva de los derechos de las personas con discapacidad ha cambiado sustancialmente en los últimos años, en especial cuando analizamos el desarrollo de convenciones nacionales que han buscado las políticas públicas para la defensa de los derechos de este grupo poblacional.

En lo que respecta a las personas con discapacidad intelectual, sus derechos inician principalmente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada en 1948; posteriormente la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971, la cual se centró en divulgar y concretar el significado de principios como



el de igualdad de oportunidades. Se continuó el camino con las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad en 1993, las cuales eran normas no vinculantes. En el 2004 entró en vigor la Declaración de Montreal sobre la Discapacidad Intelectual, normas que tampoco eran vinculantes, y fue hasta el 2006, cuando se promulgó la CRPD en la que se establecieron obligaciones a los Estados parte protegiendo a las personas con discapacidad intelectual y permitirles el ejercicio de sus derechos, y de la cual Guatemala es parte a través del Decreto 59-2008 del Congreso de la República, con fecha 29 de octubre de 2008.

No obstante, en el caso de las personas con discapacidad intelectual, cinco han sido los artículos que han suscitado mayor debate social: a) igual reconocimiento de persona ante la ley, b) vida independiente e inclusión en la comunidad, c) respeto del hogar y de la familia, d) educación, y e) participación en la vida política y pública. (Sánchez, Navas, Verdugo y Schalock, 2012, p. 12). Todos estos derechos están establecidos en la CRPD.

Las personas con discapacidad intelectual se integran dentro de la CRPD desde el propósito de la misma y en el artículo uno establece lo siguiente:

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, **intelectuales**¹ o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo uno)

Aunque existe gran cantidad de derechos pertenecientes a las personas con discapacidad intelectual, a continuación, se mencionan algunos de los más importantes, según (Sánchez, et al., 2012).

¹ Resaltado propio.



1.4.2. Igual reconocimiento de la persona ante la Ley

El artículo 12 de la CRPD reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de una personalidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, y por ende incluye a las personas con discapacidad intelectual.

Para ello, los Estados parte deben adoptar en el menor plazo posible las medidas para: a) proporcionarles el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; b) respetar su voluntad y preferencia; c) evitar conflictos de intereses e influencias indebidas; d) ser propietarias y heredar bienes; e) controlar sus propios asuntos económicos; f) tener acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, g) velar que no sean privadas de sus bienes de forma arbitraria.

Como lo señala Palacios (2008) el aspecto relativo al reconocimiento de la capacidad jurídica dio lugar al debate durante la redacción de la CRPD en el que también participaron personas con discapacidad, puesto que era necesaria la experiencia propia de cada uno de ellos. De esta manera se buscó reemplazar el modelo de sustitución (regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones) por el modelo de asistencia en el que la persona recibe los apoyos necesarios que faciliten la toma de decisiones y la capacidad para obrar.

Al respecto, es importante mencionar que el reconocimiento de la personalidad jurídica es imprescindible para el ejercicio de todos los demás derechos, tales como los derechos civiles y políticos, derecho a formar una familia, derecho a contratar, derecho a elegir dónde y con quién vivir, entre otros. Por ello es fundamental eliminar toda forma de restricción a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, pues de esta manera no podrán ejercer sus derechos por sí mismas.



1.4.3. Derecho a ser independiente e incluido en la comunidad

El artículo 19 de la CRPD reconoce el derecho en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a vivir en su comunidad, el cual a su vez está relacionado con el artículo 14 que alude la obligación de los Estados parte de asegurar que las personas con discapacidad no sean privadas de su libertad de manera ilegal o arbitraria.

Lamentablemente, muchas personas con discapacidad intelectual viven en entornos segregados, sin que ello sea el resultado de un proceso personal de toma de decisiones. En ese sentido, tal como lo señala la Comisión Europea (Laurin, 2011) un entorno segregado es aquel que independientemente de su tamaño las personas no tienen derecho a ejercer control sobre sus vidas. Por otro lado, además del derecho de vivir en comunidad, la institucionalización vulnera otros derechos establecidos en la CRPD como el derecho a decidir con quién vivir o el derecho a formar una familia.

Existen experiencias como la de la fundación Arduin en Holanda (Van, 2006) que demuestran que mediante la promoción de la autodeterminación y sobre la base de un modelo de apoyos, se puede lograr la emancipación de las personas con discapacidad intelectual en su máxima expresión.

Este derecho también está íntimamente ligado con el reconocimiento a la capacidad jurídica, puesto que muchos son institucionalizados por terceros, quienes ostentan la custodia o tutela de los mismos.

1.4.4. Respeto del hogar y de la familia

El artículo 23 estipula que los Estados parte deben tomar medidas efectivas para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, de tal manera que se garantice en su edad adulta situaciones tales como: a)



contraer matrimonio y fundar una familia; b) definir el número de hijos que quieren tener; c) tener acceso a educación sobre reproducción y planificación familiar; d) mantener su fertilidad; e) custodia, tutela, guarda, adopción de niños o instituciones similares.

Actualmente, muchas personas con discapacidad intelectual no pueden llevar a cabo estos derechos, ya que son considerados como niños, argumentando que no tienen la madurez suficiente para la comprensión y realización de estos actos, lo que también se encuentra relacionado con el derecho a la capacidad jurídica.

1.4.5. Educación

El artículo 24 establece el derecho a la educación, el cual, para hacerlo efectivo, los Estados parte deben asegurar un sistema de educación inclusivo que garantice que las personas con discapacidad puedan desarrollar su potencial humano en las distintas etapas educativas mediante la realización de ajustes razonables y la provisión de apoyos oportunos, y que por ende incluye a las personas con discapacidad intelectual.

Aunque actualmente existan escuelas que atienden específicamente a las personas con discapacidad intelectual, no es suficiente puesto que no se trata de segregar sino de incluir. Tal como lo establece la CRPD, es necesario avanzar hacia escuelas inclusivas, tomando en cuenta a los docentes, alumnos, familia y comunidad que son parte de los establecimientos educativos y quienes deben de tener formación en la toma de conciencia sobre la discapacidad, así como técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.

No obstante, aunque este derecho no tenga una relación estrecha con el reconocimiento a la personalidad jurídica, se hace necesario mencionarlo, puesto que aún existen casos en donde no se le otorga educación a la persona con discapacidad intelectual, especialmente en la educación superior.



1.4.6. Participación en la vida política y pública

Finalmente, otro de los artículos que ha causado un gran debate en relación con las personas con discapacidad intelectual es el relacionado con la participación política y pública de este grupo poblacional. El artículo 29 reafirma los derechos políticos de las personas con discapacidad y establece que para garantizar que puedan disfrutar de tales derechos en igualdad de condiciones, los Estados parte están obligados a: a) asegurar que puedan participar de forma plena y efectiva en la vida política y pública, incluyendo su derecho a votar y a ser elegidas; y b) promover un entorno en el que puedan participar plena y efectivamente en los asuntos públicos.

Es importante indicar que al igual que los demás derechos, este derecho también se relaciona con el derecho a la capacidad jurídica, puesto que muchas veces las personas con discapacidad intelectual son vedadas de los mismos, porque son consideradas inmaduras o sin el coeficiente intelectual suficiente para ejercer sus derechos civiles y políticos en igualdad de condiciones que los demás.

1.4.7. Igualdad y no discriminación

Aunque hayamos desarrollado algunos derechos importantes con relación a las personas con discapacidad intelectual, especial importancia merece el desarrollo de la igualdad y no discriminación, dado que son dos de los derechos y principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. Ambos se encuentran establecidos en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que proclama que todas las personas son iguales en dignidad y derechos, misma proclamación que se encuentra también establecida en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Dichos principios son elementos esenciales en los tratados de derechos humanos, por ello también se encuentran establecidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos,



y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunado a todas las convenciones de Naciones Unidas dedicadas a temas específicos como lo es la CRDP en su artículo 5 y que al respecto establece en el párrafo 1 y 2 lo siguiente:

1. Los Estados parte reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

La igualdad y la no discriminación constituyen el núcleo de la CRPD y son evocadas sistemáticamente en los artículos sustantivos con el uso reiterado de la expresión “en igualdad de condiciones con las demás” que vincula todos los derechos sustantivos de la CRPD con el principio de no discriminación (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018).

Continuando con el tema, es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entiende a la igualdad y no discriminación como principio rector, como derecho y como garantía, es decir que se trata de un principio cuya trascendencia impacta en todos los demás derechos consagrados a nivel del derecho interno y del derecho internacional.

A este respecto, la CIDH en el informe No. 48/16, caso 12.799. Fondo Miguel Ángel Millar Silva y otro (Radio Estrella del Mar Melinka), Chile, 29 de noviembre de 2016, en los párrafos 59 y 60 indicó lo siguiente:

59. El principio de igualdad es uno de los principios rectores de todo el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, a no recibir un trato discriminatorio y a que el Estado promueva las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, ocupa un lugar



central en todo el *corpus iuris* internacional dado que se trata de un presupuesto necesario para el goce efectivo y universal de los restantes derechos humanos. 60. Por esta razón, la igualdad tiene, en el derecho internacional, el doble carácter de principio rector y de derecho fundamental.

Asimismo, la CIDH en el informe No. 64/11, caso 12.573. Fondo. Marino López y otros (Operación Génesis), Colombia, 31 de marzo de 2011, en el párrafo 359 puntualizó lo siguiente:

En cuanto al contenido del concepto de igualdad, la Corte Interamericana ha explicado que éste se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar inferior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. [...] Sobre el principio de igualdad descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y atraviesa todo el ordenamiento jurídico.

En relación con las personas con discapacidad, la CIDH está consciente de las múltiples situaciones de discriminación a las que es expuesto este grupo en particular, por lo que en sus informes temáticos resaltan la importancia de adoptar políticas públicas para que dichas personas puedan ejercer sus derechos sin discriminación y así evitar y prevenir situaciones en las que se vean sometidas a la exclusión, menoscabo, marginalización o tratos violentos debido a su condición.

A este respecto, en el Informe del procedimiento de solución amistosa. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/13, 18 diciembre 2013, párrafos 204 y 205, la CIDH indicó lo siguiente:

204. La Comisión destaca que el pleno ejercicio de los derechos contenidos en la Declaración Americana, la Convención Americana y demás instrumentos vigentes en el sistema interamericano, debe ser garantizado sin discriminación de ninguna



índole. En particular, ha señalado que las personas con discapacidad física o mental, son especialmente vulnerables a la discriminación y otras violaciones a los derechos humanos como la restricción arbitraria de la libertad personal y el trato inhumano y degradante.

205. Al respecto, la Comisión ha recomendado a los Estados miembros que tomen las medidas legislativas, o de otra índole, que sean necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer, sin discriminación, sus derechos civiles y políticos y para que, a la luz de los compromisos establecidos en el Protocolo de San Salvador, sus derechos económicos, sociales y culturales cuenten con especial protección.

De esa cuenta, podemos decir que la igualdad y no discriminación son principios y derechos cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio. En ese sentido, los Estados parte tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho de todas las personas con discapacidad, a la igualdad y la no discriminación, debiendo abstenerse de toda acción que las discrimine, y en particular, deberán modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra el grupo en cuestión.

En ese orden de ideas, el Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité) en su observación número 6, señala que el goce efectivo de los derechos a la igualdad y la no discriminación exige la adopción de medidas de aplicación como las siguientes:

- a) Medidas para crear conciencia entre toda la población sobre los derechos que asisten a las personas con discapacidad en virtud de la Convención, el significado de la discriminación y vías judiciales de recurso existentes;
- b) Medidas para garantizar que los derechos consagrados en la Convención sean exigibles ante los tribunales nacionales y den acceso a la justicia a todas las personas que han sido objeto de discriminación;



- c) Protección contra las represalias, como un trato adverso o consecuencias negativas tras una denuncia o en un proceso para hacer cumplir las disposiciones en materia de igualdad;
- d) Derecho a entablar un proceso ante los tribunales y presentar reclamaciones a través de asociaciones, organizaciones u otras entidades jurídicas que tengan un interés legítimo en hacer valer el derecho a la igualdad;
- e) Normas específicas relacionadas con los indicios y las pruebas a fin de garantizar que las actitudes estereotipadas sobre la capacidad de las personas con discapacidad no impidan que las víctimas de discriminación obtengan reparación;
- f) Sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de vulneración del derecho a la igualdad y a medios de reparación adecuados;
- g) Prestación de asistencia jurídica suficiente y accesible para garantizar el acceso a la justicia a los demandantes en litigios por discriminación.

Derivado de lo anterior podemos entonces decir que el Estado debe realizar acciones que conminen al cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación a favor de las personas con discapacidad, a fin de que estas puedan disfrutar plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales que les son inherentes. Es así como concluye el tema de la discapacidad a la luz de los derechos humanos, dejando claro que ya no es vista desde una mirada médica, sino pasó a ser parte de la concepción social y a través de los derechos humanos cuyo concepto no solamente se encuentra regulado en legislaciones internas de cada país, sino también en las legislaciones internacionales, ambas de cumplimiento obligatorio.

CAPÍTULO II



Regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones

Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones establecen la idea tradicional que se tiene de incapacitar a una persona con discapacidad cuando se considere necesario, con el fin de que hacer valer sus derechos. Estos están inspirados en el modelo médico con una perspectiva asistencialista, por lo que en el presente capítulo se desarrollará a profundidad en qué consiste cada uno de ellos, sus orígenes, funciones y cómo pueden violentar directamente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

El artículo 12, párrafo dos de la CRPD establece: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo doce, párrafo dos)

Al respecto el Comité, en la Observación general número 1, artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley, de fecha 25 noviembre 2013, en el numeral 7, señala lo siguiente:

Los Estados deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no está limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, a las personas con discapacidad se les ha negado en muchas esferas de una manera discriminatoria su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones como la legislación sobre la salud mental, la tutela y la custodia que permiten el tratamiento obligatorio. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2013, p. 3)



Entonces se puede decir que toda persona con discapacidad tiene derecho a la capacidad jurídica sin restricción alguna; sin embargo, como bien lo establece el Comité, históricamente se ha negado este derecho continuando hasta nuestros días y esto ha sido a través de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones.

En ese mismo sentido, el Comité también expresa, en el numeral 23 de dicha observación, lo siguiente:

Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden ser de muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen determinadas características comunes: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque solo sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no es la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el "interés superior" objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su voluntad y preferencias propias. (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2013, p. 7)

Como se puede apuntar, el Comité señala como regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones a la tutela ya sea esta parcial o total, y la interdicción. Aunque expertos en el tema de discapacidad como Alberto Vásquez, Coordinador de Investigaciones de la Oficina de la Relatoría de Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y presidente de la ONG Sociedad y Discapacidad (SODIS) en Perú, señala que dentro de estos regímenes también se encuentra el internamiento o tratamiento involuntario puesto que un médico o una junta médica decide por la persona. Por esta razón, es importante realizar una pequeña descripción de lo que se refiere cada uno de estos regímenes para mejor comprensión del tema.



La tutela y la curatela son dos poderes que se ejercitan sobre las personas que carecen de capacidad para entender y querer, aspectos necesarios para administrar convenientemente el patrimonio propio. Cuando se da la ausencia de tal capacidad, esta puede ser total o parcial; a veces la incapacidad del sujeto se basa en razones de edad, sexo, enfermedad mental o de prodigalidad.

2. Tutela

La palabra tutela viene del latín *tutor* que significa defender, proteger. Por su etimología, la característica o nota fundamental de la tutela es la protección, la asistencia y la representación legal, dirigida a mayores o a menores que no tengan quién ejerza sobre ellos la patria potestad. Entonces se puede decir que la tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad para menores que no tienen quiénes ejerzan su representación legal para suplir las deficiencias de los mayores incapaces (Treviño, 2017, p. 417). Al respecto, (Garfias, 1976, p. 676) la conceptúa como un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o para los incapacitados. Es un cargo sin interés público y de ejercicio obligatorio.

Asimismo (Duhalt, 1985, p. 359) la define como una institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y de los menores de edad no sujetos a la patria potestad.

La historia muestra que al morir el *pater familias* (o al extinguirse sin patria potestad por emancipación) sus hijos se hacían *sui iuris*, pero la capacidad jurídica que estos adquirirían en ese momento era compatible con la incapacidad para actuar efectivamente (lo que hoy llamamos incapacidad para obrar). Entonces era necesario suplir la falta de padre por otra persona: un tutor, cuando la incapacidad se debía a que aquel *sui iuris* no había llegado a la pubertad o era mujer; un curator, cuando era un loco o le faltaba por otra causa juicio suficientes para gobernar su patrimonio. La tutela y la curatela



representan regímenes distintos, pero tienden a unificarse en el derecho postclásico (D'ors, 1975, p. 179).

En la antigüedad estaban sujetos a la tutela los infantes (menores de 7 años) y los impúberes (aquellos hombres y mujeres que no hubiesen alcanzado la edad de 14 y 12 años) tal “como lo defendían los Proculeyanos, 14 años para los hombres y 12 para las mujeres” (D'ors, 1975, p. 179). En ese sentido, una vez que dejaban de ser impúberes, pero eran pródigos o tenían alguna discapacidad intelectual, éstos ya no dependían de una tutela sino de la curatela.

Ahora bien, la legislación guatemalteca no da una definición exacta de lo que podríamos llamar tutela, sin embargo, es importante apuntar lo que al respecto establece el artículo 293 del Decreto ley número 106 del Congreso de la República de Guatemala, Código Civil:

Artículo 293.- (Casos en que procede). El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela, aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado. (Código Civil, art. 293)

En ese orden de ideas, nuestra legislación establece las siguientes clases de tutela:

- a. Tutela Testamentaria: Se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo; y por el adoptante que designe heredero o legatario o su hijo adoptivo (Código Civil, artículo 297)



- b. Tutela Legítima: Esta se da cuando no exista tutela testamentaria y son llamados a ejercerla los parientes del menor en el orden siguiente: 1o.- abuelo paterno; 2o.- abuelo materno; 3o.-abuela paterna; 4o.- abuela materna; y 5o.-hermanos, sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad (Código Civil, artículo 299).
- c. Tutela Judicial: procede por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo (Código Civil, artículo 300).

Vásquez (2013) la define de la siguiente manera:

Es la que sobreviene en defecto de la testamentaria y de parientes llamados a ejercer la legítima, o en caso de que, si bien existan, carezcan de las necesarias condiciones para ejercerla o presenten fundada excusa para eximirse de su desempeño. El cargo puede recaer entonces, fuera de la parentela del menor, en persona hábil para su competente ejercicio”. (p. 297)

- d. Tutela Específica: Se da cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos, sujetos a una misma tutela. (Código Civil, artículo 306).
- e. Tutela Legal: Es la tutela de los niños expósitos o de incapacitados que se encuentran en un establecimiento de asistencia social, corresponde a los directores o superiores de los mismos, los cuales (directores y subdirectores), son tutores y representantes legales de aquellos desde el momento de su ingreso, y no necesitan discernimiento (Código Civil, artículo 308).

Finalmente, aunque la legislación no la considera como una clase de tutela, especial mención merece la tutela de los declarados en estado de interdicción, el cual se encuentra regulado en el artículo 301 de Código Civil, estableciendo lo siguiente:

ARTICULO 301.- (Tutela de los declarados en estado de interdicción) La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde: 1o.- Al cónyuge; 2o.- Al



padre y a la madre; 3o.- A los hijos mayores de edad; y 4. A los abuelos, en el orden anteriormente establecido

De esta manera cerramos lo relativo al estudio sobre la institución de tutela para dar paso al estudio de la institución de la curatela, el cual procedemos a desarrollar a continuación.

2.1. Curatela

Su existencia data de la Ley de las Doce Tablas que trataba el tema en relación con los incapacitados accidentales, y los *furiosi* (privados de razón con o sin intervalos lúcidos) y pródigos. Luego fue extendida a los *mente capti* (poca inteligencia) a los sordos, mudos y personas que sufrían de graves enfermedades (Chávez, 1987, p. 407).

El término curatela tiene dos significados, uno general y otro especial. El primero referido al cuidado de personas o bienes; el segundo conferido a la institución legal que brinda protección a los mayores incapaces.

La curatela tiene por objeto exclusivo la gestión y administración del patrimonio del incapacitado. Se diferencia de la tutela porque esta tiene como nota esencial y característica la asistencia y la cooperación del tutor a los actos jurídicos que celebren mediante la *auctoritatis interpositio* de lo cual se deriva la máxima *tutor datut personae, curator ret* (el tutor será para la persona, el curator para una cosa o causa) (Oliver, 2009).

2.1.1. Orígenes

Esta institución tiene sus orígenes desde la antigua Roma, donde impedía a las personas con discapacidad ejercitar sus derechos patrimoniales. Para entenderla es fundamental remitirse a la historia de Roma y las personas con discapacidad.



Al respecto (Iglesias, 2008) señala que:

En Roma se practicó el infanticidio, con la ley de las Doce Tablas (541-540 a.C.) que permitía al padre privar de vida a su hijo con discapacidad inmediatamente después de su nacimiento. Sin embargo, fue poco usado excepto en la etapa de decadencia del imperio romano, e incluso muchos de estos niños eran abandonados o arrojados al Tíber en cestas de flores. También fue práctica común vender a los niños como esclavos y para la mendicidad, e incluso se llegaba a mutilarlos para aumentar su valor como mendigos. (p.177)

Para el derecho romano, ser sujeto de derecho era sinónimo de capacidad jurídica y se refería al sujeto de derecho o capaz de derechos, privilegio solo para hombres. Pero no todos los hombres eran en la sociedad romana sujetos de derecho, puesto que además de ser hombre se necesitaban otras condiciones como ser libre y en cuanto a relaciones civiles, ser ciudadanos. Aparte de estos requisitos, existían otros que influían sobre la capacidad jurídica ya sea para aumentarla o incluirla, tales como el estatus familia, la consanguinidad, la edad, el sexo, la sanidad del cuerpo y de la mente, la condición social, la profesión, la religión, la infamia, el origen y el domicilio (Bonfante, 1985, pp. 38-55).

Como se puede notar, los romanos idearon todo un sistema en relación con la capacidad jurídica, dentro del cual es importante determinar lo relacionado con la sanidad del cuerpo y de la mente. En este supuesto, implicaban las limitaciones de los ciegos, sordos, mudos, etc., en cuanto a los vicios del espíritu, como los locos (*furiosus*) y los idiotas (dementes, *mentecapti*), no tenían capacidad alguna para obrar. Estos y sus bienes eran sujetos a un curador (Bonfante, 1985, p. 59).

En virtud de esta línea argumental, los tratadistas sostuvieron que la razón para otorgar la cura del discapacitado se debía a que estas personas no estaban capacitadas por sí mismas para la administración de sus bienes, por lo que se retrotraía al momento de su incapacidad (Moreno, 2011, p. 358).



Al respecto, (D'ors, 1975) establece que: “la cura o curatela es en términos generales un encargo de administración de cualquier tipo, tanto pública como de patrimonios privados” (p.165)

De manera que para el derecho romano lo que importaba era la regulación de todo lo concerniente a los bienes patrimoniales y no directamente el bienestar de las personas con discapacidad. Esto por supuesto, obedece también a que durante esta época imperaba el paradigma tradicional donde las personas con discapacidad eran consideradas objetos de burla, productos del pecado, castigo de Dios, útiles para la mendicidad, necesitados de sobreprotección, pero nunca fueron considerados sujetos de derecho.

No se puede decir que la curatela no es una institución única. Representa más bien un conjunto de instituciones que tienen por carácter común la gestión de un patrimonio perteneciente a un sujeto, al cual no se le permite administrarlo por sí mismo (Bonfante, 1985, p. 217).

Continuando con Bonfante (1985) la curatela se dividía en varios tipos: la curatela del pródigo y la curatela del *furiosus* o curatela de los locos. Es importante mencionar que las personas no son locas, son personas con discapacidad mental, intelectual o emocional, esto en razón de que en la antigüedad se referían a ellas con términos peyorativos.

Se llamaba pródigo al púber *sui iuris* que demostrara imprudencia en la administración de sus bienes provenientes de una sucesión *ab intestato* del padre o del abuelo paterno, razón por la cual, para evitar la dilapidación de los mismos, la ley romana estableció que el pródigo fuese declarado en interdicción, esto a través de un decreto emitido por un magistrado, y de esta forma colocarlo bajo una curatela. La finalidad de esta institución era que los bienes en cuestión fuesen administrados por un curador para que permanecieran en el haber patrimonial de la familia civil llamados a heredar.



Ahora bien, por otra parte, se encontraba la curatela del *furiosus* (hombres completamente privados de razón, tenga o no intervalos lúcidos). Los locos solo tenían curadores legítimos, por ejemplo, un hijo tenía que ser el curador de su padre *furiosus* y a falta de curadores legítimos, los curadores eran nombrados por los magistrados. No existían curadores testamentarios, sin embargo, si el jefe de familia designaba uno, el pretor confirmaba esta elección (Petit, 1977, p. 143).

Al curador le asistía la obligación de actuar siempre en lugar del incapaz y de una manera continua en la administración de los bienes del *furiosus* (D'ors, 1975, p. 164) impidiendo que el *furiosus* pudiera ejecutar acto jurídico alguno. No obstante, se mantenía la posibilidad de que si el *furiosus* recobraba la capacidad intelectual se le permitiría obrar por sí solo nuevamente.

Con el paso del tiempo, este tipo de curatela se extendió también a los *menti capti*, a quienes los romanos los consideraban como “personas que no tienen más que un poco de inteligencia, cuyas facultades intelectuales están poco desarrolladas” (Petit, 1977, p. 143) y por eso se les nombró curadores para administrarles su patrimonio.

Es así como vemos que la curatela en cualquiera de sus formas buscaba dotar de un curador a quien se le consideraba incapaz para administrar su patrimonio de una manera adecuada. Esto era tanto para los *furiosus* como para los *menti capti*, ambos grupos siendo parte de las personas con discapacidad.

2.1.2. Definición

Para Cornejo (1987) la curatela es la figura de amparo del incapaz no protegido en general o para determinada situación ni por tutela ni por la patria potestad, o de la persona capaz impedida de manera circunstancial cuya importancia reside en el cuidado y gestión de los bienes o de los intereses de esta persona y en la defensa de la misma.



En ese mismo sentido, Varsi (2012) citando a Cristiano Farias y Nelson Rosenvald, señala que la curatela es la carga impuesta a una persona natural para cuidar y proteger a una persona mayor de edad que no puede autodeterminarse patrimonialmente a causa de una incapacidad.

Finalmente, es una institución protectora de mayores de edad incapaces, sin condiciones de velar por sus propios intereses, regir su vida y administrar su patrimonio (Dias, 2007).

De estas definiciones resalta el fin y la naturaleza de la curatela que no es más que la administración del patrimonio del incapaz. Más allá de proteger a la persona como tal y permitir el ejercicio de sus derechos, la misma conlleva a una restricción de los mismos, puesto que es el curador quien pasa a actuar en nombre de la persona con discapacidad, cuya interdicción le fue declarada.

Nuestra legislación no establece una definición exacta de lo que es la curatela, sin embargo, en el artículo 301 del Código Civil si se hace un abordaje de esta institución:

ARTICULO 301.- (Tutela de los declarados en estado de interdicción) La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde: 1o.- Al cónyuge; 2o.- Al padre y a la madre; 3o.- A los hijos mayores de edad; y 4. A los abuelos, en el orden anteriormente establecido.

Como podemos apreciar, el artículo 301 se encuentra inspirado en los modelos de prescindencia y médico-rehabilitador cuyo fundamento de ambos modelos es la sustitución de decisiones de la persona con discapacidad en un tercero. Esto claramente conlleva a una violación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad establecido en el artículo 12 de la CRPD, así como de otros derechos fundamentales, puesto que un tercero toma las decisiones en su nombre, por lo que, esta institución deja de lado el enfoque de derechos humanos y la dignidad de la persona, cuyo fin esencial es la inclusión de las personas en igualdad de condiciones que las demás.



2.2. Interdicción e incapacidad

La interdicción, según la Enciclopedia Jurídica, es el estado en que deviene la persona a quien se le declara incapaz de determinados actos de la vida civil y que es privada de la administración de su persona y bienes. En sentido general, interdicción e incapacitación son equivalentes.

Otros autores refieren que es la acción judicial que permite investigar y declarar incapaz de ejercer sus derechos civiles a una persona mayor de edad, nombrándosele un curador que defienda sus intereses personales y patrimoniales (Díez y Guillón, 1984).

De esas definiciones se puede decir entonces que la interdicción es una situación jurídica en la que una persona está total o parcialmente privada del goce o del ejercicio de sus derechos en virtud de la ley o de una decisión judicial.

En Guatemala, la interdicción se encuentra regulada en el Código Civil, Procesal Civil y Mercantil. Al respecto, el Código Civil establece lo siguiente:

Incapacidad. - Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden asimismo ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos.

La declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos; pero los actos anteriores a tal declaratoria pueden ser anulados si se probare que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron. (Código Civil, artículo 9)

En ese mismo sentido, el Código Civil señala en el artículo 12 que la interdicción la pueden solicitar indistintamente la Procuraduría General de la Nación, los parientes del incapacitado o las personas que tengan contra él alguna acción que deducir. Asimismo,



es enfático al indicar en el artículo 14 que los declarados en interdicción solo podrán ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales.

Al respecto, para el trámite procesal, el Código Procesal Civil y Mercantil en el libro IV, título I, capítulo II, sección primera, artículos 406 al 410 establecen específicamente el trámite para la declaratoria de incapacidad, el cual podríamos resumir de la siguiente manera:

1. Procedencia: Por enfermedad mental, congénita o adquirida, por abusos de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, la sordomudez congénita y grave, ceguera congénita o adquirida en la infancia (artículo 406).
2. Solicitud y trámite: Se debe presentar un escrito judicial ante el Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia, en la cual se debe adjuntar el examen médico correspondiente y se hará la propuesta de testigos.
3. Decreto: Recibido el escrito, el juez emitirá un decreto en el cual citará al presunto incapaz, o bien, se trasladará donde este se encuentre para examinarlo por sí mismo. Asimismo, ordenará que se le practique un examen médico nombrados uno por el juez y otro por el solicitante (artículo 407). Es importante mencionar que el examen médico debe efectuarse en un plazo no mayor de 30 días (artículo 408).
4. Se le otorga audiencia a la Procuraduría General de la Nación para que emita su dictamen respectivo (artículo 409).
5. Declaratoria de interdicción: el juez resolverá si ha lugar o no la declaratoria de interdicción. Si resolviera con lugar, designará a quien deba encargarse de la persona del incapaz y de sus bienes conforme lo establece el artículo 301 del Código Civil: La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde: 1o.- Al cónyuge; 2o.- Al padre y a la madre; 3o.- A los hijos mayores de edad; y 4. A los abuelos, en el orden anteriormente establecido.



6. La declaratoria de interdicción se debe publicar en el Diario Oficial y se debe inscribir en el Registro Nacional de las Personas y de haber bienes en el Registro General de la Propiedad (artículo 409).

Lo expuesto da cuenta de que nuestra legislación desarrolla un proceso específico para la interdicción de una persona con discapacidad, misma que se encuentra influenciada bajo el antiguo ordenamiento romano, que debe modificarse de acuerdo con los principios de progresividad y no regresividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pasando por un examen de compatibilidad constitucional y convencional para adaptarse a los nuevos estándares de protección jurídica de las personas con discapacidad, sobre todo porque éstos se fundamentan en la esencia del ser humano que es su dignidad.

La interdicción en la legislación guatemalteca pertenece a la jurisdicción voluntaria judicial, por lo que solamente el juez puede declarar dicho estado. Por otro lado, es necesario indicar que aún y cuando la legislación es clara con hacer ver este proceso con celeridad e inmediatez, la realidad es que en Guatemala no se cumple con los plazos de ley establecidos, esto quizás por la gran carga laboral que manejan los Juzgados de Familia que son los encargados de diligenciarlos.

Ahora bien, al declararse la interdicción en una persona, la misma genera su incapacidad, por lo que es necesario hacer un acercamiento a la misma.

2.2.1. Incapacidad

2.2.1.1. Definición

Para Rodríguez (2002) es el reconocimiento de la inexistencia, en una persona, de aquellos requisitos que la ley considera indispensable para el ejercicio de sus



derechos, mientras que para Galindo (1997) es la carencia de aptitud para que la persona, con capacidad de goce, pueda hacer valer sus derechos por sí misma.

En ese sentido, Machicado (2011) la define:

La Incapacidad es el defecto o falta total de la idoneidad para ser titular de derechos, contraer obligaciones y adquirir deberes o para ejercerlos. La incapacidad es la inexistencia de la idoneidad de la persona para tener derechos, deberes y voluntad para relacionarse con terceros y quedar obligado con terceros.

De lo anterior, podemos decir entonces que la incapacidad es un límite o privación que tiene una persona para poder ejercer sus derechos por sí misma, dado que no tiene idoneidad para ello puesto que no cumple con los requisitos que la ley determina para poder ejercer su capacidad.

2.2.1.2. Características

La incapacidad presenta las siguientes características (Varsi, 2014):

- **Excepción:** la capacidad se presume, mientras que la incapacidad debe probarse. Declarada incapaz una persona deja de funcionar la presunción de capacidad, no teniendo valor la prueba de que el sujeto haya realizado un acto con los requisitos de conocimiento y voluntad.
- **Legal:** la incapacidad debe surgir de una disposición legal explícita. En el caso de Guatemala, la misma se encuentra establecida en el artículo 9 del Código Civil.
- **Subsumir:** No pueden coincidir dos incapacidades distintas en una misma persona; en caso de darse debe someterse a la persona a aquella causal de incapacidad que suponga mayores límites a su capacidad.



- **Vía judicial:** Su declaración debe ser solicitada vía jurisdiccional. Debe ser probada en proceso judicial, siendo el juez quien la declara.
- **Principio pro debile:** Existe el criterio *pro debile* o *in favor debile* mediante el cual, el juez aplicando su criterio discrecional, puede declarar la incapacidad que considere pertinente. Son establecidas en interés del incapaz o de su familia, tienen un criterio tutelar.
 - **Protectivo:** Su fin es proteger.
 - **Representación:** la incapacidad de ejercicio puede ser suplida por la representación. En el caso de Guatemala, la representación para los declarados incapaces la realiza la persona designada por el juez conforme a un orden de prelación establecido en la ley (Código Civil, artículo 301).

2.2.1.3. Principios

La incapacidad se rige por los siguientes principios:

- La capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción.
- Las incapacidades son interpretadas de forma restrictiva.
- No hay incapacidad sin texto impreso, se rige por la tipicidad.
- Se sustenta en un criterio igualitario, es decir que puede darse tanto para la mujer como para el hombre.
- La falta de legitimación es la prohibición de realizar cierto acto jurídico en la que no cabe la representación, es decir que puede ser una persona capaz de ejercicio,



pero no está legitimada para reconocer un hijo en nombre de otra persona, ni para faccionar testamento de tercero, por ejemplo (Varsi, 2014).

De esta manera podemos estimar a la incapacidad como la institución jurídica destinada al sometimiento de la persona que padezca enfermedades o alteraciones psíquicas que, por su gravedad o persistencia, precisen de una guarda tutelar encargada de su cuidado y de realizar actuaciones en su interés (Romero, 2013).

A lo anterior, debemos sumarle la restricción o prohibición a la persona para poder ejercer sus derechos por sí misma.

2.3. Internamientos involuntarios

Finalmente, uno de los regímenes que está basado en sustitución en la adopción de decisiones es el internamiento forzoso, tal como lo indica el Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura, Manfred Nowak en su informe de 2008, indicando lo siguiente “muchos Estados permiten, con o sin fundamento jurídico, la reclusión en instituciones de personas con discapacidad mental sin su consentimiento libre e informado, basándose en la existencia de un diagnóstico de discapacidad mental”.

En esta modalidad, la persona con discapacidad pasa a ser representada por otra, quien tomará las decisiones en su nombre, esto desde el momento en que es ingresada sin su consentimiento a una institución. Al respecto, el código civil guatemalteco en su artículo 308 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 308.- (Tutores legales) Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento.



Actualmente, en Guatemala es común la práctica de institucionalizar a las personas con discapacidad, inclusive aquellas realizadas por orden judicial, situación que le preocupa al “Comité” en sus observaciones finales realizadas a Guatemala en el año 2016 en su párrafo 53, indicando lo siguiente:

El Comité muestra su preocupación por el alto número de niños y adultos con discapacidad detenidos en instituciones. El comité está particularmente preocupado por el caso de las personas detenidas en el Hospital Nacional de Salud Mental Federico Mora, quienes se encuentran segregados de manera indefinida. Además, expresa también su preocupación en relación con un gran número de niños y niñas que hoy se encuentran detenidos en instituciones, muchos de los cuales tienen una discapacidad (...).

Al respecto, el Procurador de los Derechos Humanos en su informe anual del año 2019 informa que junto al Consejo Nacional para la Atención a las Personas con Discapacidad han motivado la construcción de una Ruta de Desinstitucionalización, lo cual ha dado paso a la generación de cuatro documentos: Ruta de prevención de institucionalización de la niñez y adolescencia, Ruta de prevención de institucionalización de adultos con discapacidad y dos documentos relacionados con Rutas de desinstitucionalización de niños y niñas con discapacidad y desinstitucionalización de adultos con discapacidad. Estos cuatro documentos fueron consensuados con las principales instituciones en la intervención de casos de niños y adultos con discapacidad, siendo presentados en agosto de 2019 a la Comisión de Asuntos sobre Discapacidad del Congreso de la República, así como al resto de instituciones públicas presentes. (Procurador de los Derechos Humanos, 2019, pág. 292)

Estas rutas contienen como su nombre lo indica, los pasos para lograr la desinstitucionalización de las personas con discapacidad, las cuales se pueden resumir en cinco pasos: 1) Análisis sobre las causas que generan la institucionalización, 2) Plan de intervención individualizado, 3) Reunificación (familiar y/o comunitaria), 4) Intervención Interinstitucional comunitaria, y 5) Mecanismo de atención integral ambulatoria (Unidad de Acceso a la Información Pública de la Institución del Procurador de los Derechos



Humanos, 2021). De lo anterior, es importante mencionar que a la fecha no se ha implementado el uso de dichos documentos, por lo que, el proceso de desinstitucionalización de las personas con discapacidad en el país aún no ha iniciado.

2.4. ¿Protección o violación?

Después de haber hecho un pequeño recorrido sobre cada uno de los regímenes que sustituyen la voluntad de las personas con discapacidad, es importante determinar si los mismos son meramente de protección, o bien, se pueden considerar como la puerta a la violación de los derechos de este grupo poblacional.

Como es sabido, la CRPD es el primer texto de carácter vinculante que en el sistema universal de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas se refiere de manera específica a las personas con discapacidad y con ella se hace un cambio trascendental de paradigma hacia el enfoque de derechos humanos y el modelo social.

En ese sentido, la CRPD en su artículo 12 establece el derecho de las personas con discapacidad a un igual reconocimiento como persona ante la ley, donde los Estados partes deben reafirmar que este grupo en situación de vulnerabilidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, así como a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Ahora bien, al tenor de lo que establece la CRPD, es importante reflexionar si estos regímenes como lo son la curatela, la interdicción y el internamiento involuntario cumplen con el fin de garantizar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, puesto que como señalamos anteriormente, en dichos regímenes se sustituye la representación de la persona con discapacidad en otra, quien es quien toma las decisiones en nombre de aquel.



Al respecto, Alberto Vásquez, Coordinador de investigación de la oficina de la Relatora Especial sobre los Derechos de personas con discapacidad en su conferencia realizada el enero de 2020 en la ciudad de Guatemala (Vásquez, 2020) planteó algunos de los problemas que se generan con el uso de estos regímenes, siendo los siguientes y los cuales desarrollaremos:

- a. **Niegan la autonomía de la persona, puesto que le impide ejercer sus derechos por sí mismos.** Tal como lo hemos mencionado, el común denominador de estos regímenes es que otorgan la representación de la persona con discapacidad en otra, negando así el derecho a la autonomía de su persona, mismo que es principio fundamental establecido en el artículo 3, inciso a) de la CRPD “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. Sin esa autonomía la persona con discapacidad no puede ejercer sus derechos puestos que es otra, quien toma las decisiones en su nombre.
- b. **Desconoce las capacidades de la persona.** Uno de los problemas fundamentales de estos regímenes es que desconocen las capacidades de la persona basado en un criterio funcional, considerando a la persona como un ente que tiene una capacidad mental deficiente para la toma de decisiones y por ello, anula su capacidad para poder realizar actos en el mundo jurídico, delegándose a alguien más para que lo haga en su nombre, tomando decisiones incluso en contra de la voluntad de su representado.
- c. **Cierra la posibilidad de ejercer derechos con apoyos.** En el informe de la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2017, Catalina Devandas, señala que el apoyo a la persona con discapacidad comprende una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficios y que es necesario para hacer valer toda la gama de derechos humanos, permitiendo que la persona alcance su pleno potencial y contribuir así al bienestar general y la diversidad de la comunidad en la que viven, tema que desarrollaremos con más



amplitud más adelante. En ese sentido, es importante mencionar que los apoyos están establecidos en la CRPD y permiten el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sin embargo, mientras subsistan los regímenes de sustitución, no puede existir un sistema de apoyos, puestos que los mismos se contraponen.

- d. Medidas desproporcionadas.** Se considera que los regímenes son medidas desproporcionadas, puesto que limitan en su totalidad el ejercicio de todos los derechos como votar y ser electo, elegir dónde y con quién vivir, casarse y formar una familia, contratar, consentir o rechazar un tratamiento médico, acceder a la justicia, entre otros muchos derechos más.
- e. Suele generar abusos y conflictos de intereses:** Tal como lo se ha venido señalando, al momento de sustituirse la representación de la persona con discapacidad en otra, es el representante legal quien toma las decisiones y en muchas ocasiones lo hace en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, lo que genera abusos y conflictos de intereses.
- f. Facilita la institucionalización y el abandono.** Acá hacemos referencia a los internamientos involuntarios, los cuales en muchas ocasiones resultan ser prolongados o permanentes, generando así el abandono de la persona con discapacidad, sin que esta pueda ejercer su derecho a la libertad, puesto que su representación queda delegada en el director de la institución.

A partir de lo anterior, podemos apreciar notablemente que los regímenes de sustitución generan varios problemas y que estos a su vez restringen el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente de quienes adolecen de una deficiencia mental, intelectual o psicosocial.



Continuando con el tema, Francisco Bariffi (Biariffi, 2020) señala que un marco jurídico que contiene regímenes de sustitución, se considera como un marco que limita la capacidad de una persona y se inspira en las siguientes reglas y principios:

- a. La autonomía de la voluntad no existe o, si existe, pone en riesgo grave e inminente la salud o el patrimonio de la persona.** Al igual que Alberto Vásquez, Bariffi considera que en estos regímenes la voluntad se pierde o bien, de existir provoca riesgos y daños en la salud o en el patrimonio de la persona. Es importante mencionar que la CRPD en su preámbulo literal n) reconoce la importancia que para la persona con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, la que incluye la libertad de tomar sus propias decisiones; y muy importante es indicar que el artículo 25, literal e) indica que los profesionales de la salud deben prestar atención a las personas con discapacidad sobre la base de un consentimiento libre e informado, respetando su autonomía. De la misma manera, el patrimonio de la persona con discapacidad puede ponerse en riesgo, puesto que su representante es quien lo administra tomando decisiones, aún en contra de su representado.
- b. Existe restricción de derechos:** Es importante mencionar que la capacidad jurídica está íntimamente relacionada con el ejercicio de otros derechos (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales) por lo que, al perderse, la persona con discapacidad no puede ejercer sus derechos.
- c. Se impone incluso contra la voluntad de la persona:** Como bien hemos señalado, la declaración de interdicción da como resultado la curatela y en Guatemala la única forma de declararlo es haciéndolo vía judicial. En ese sentido, el curador es nombrado por un juez, seleccionado conforme al orden de prelación establecido en la ley e inclusive es impuesto en contra de la voluntad de la persona, situación que sucede de igual manera para los internamientos involuntarios.



- d. El procedimiento es de tipo contradictorio y ante la duda se está a favor de la capacidad:** Este punto es muy importante, puesto que, en los regímenes de sustitución, el procedimiento es de tipo contradictorio y aunque se realice de forma voluntaria judicial, en el mismo se deben aportar pruebas y ante la duda se está a favor de la capacidad. Lo anterior significa que al haber discapacidad se evalúa conforme a un criterio funcional, es decir, determinando si la persona tiene la capacidad mental suficiente para tomar decisiones, tal como lo señala observación número 1 del “Comité”.

Esto sucede tanto en la interdicción y curatela, así como en los internamientos involuntarios, donde también son frecuentes las órdenes judiciales para obligar el internamiento de la persona con discapacidad. Al respecto, la Procuraduría de los Derechos Humanos en su informe anual del año 2019 a través de la Defensoría de las Personas con Discapacidad, continuar verificando la falta de seguimiento que se ha dado a los casos de las personas que han sido ingresadas al Hospital de Salud Mental Federico Mora por medio de orden judicial.

- e. El régimen probatorio es riguroso y la carga recae en quien alega la necesidad de limitación:** En los regímenes de sustitución la prueba es rigurosa y por lo general se fundamenta en un dictamen médico para anular la capacidad jurídica de la persona, además es la persona con discapacidad quien debe comprobar que no necesita la limitación de sus derechos por lo que la carga de la prueba recae en ella.

Ahora bien, de lo expuesto con relación a los regímenes que sustituyen la voluntad cabe preguntarnos si los mismos son ¿protección o violación? Esta pregunta deviene ya que, por muchos años, hemos mantenido en nuestro país dentro de nuestra legislación a la interdicción y curatela, y aunque no tengamos una ley de salud mental, la práctica de los internamientos involuntarios es latente.



Si echamos una mirada a la historia con relación a estos regímenes y su objetivo principal, vamos a encontrar que los mismos fueron creados especialmente para la protección del patrimonio del incapaz, tal como lo señalan autores como Héctor Chávez Cornejo o Enrique Varsi con relación a la curatela, mismos que fueron citados con anterioridad.

En ese sentido, podemos decir que estos regímenes no buscan la protección de la persona como tal y por ello es que limitan el ejercicio de sus derechos. Esto también nos lleva a pensar en el modelo social y lo que representa para la persona con discapacidad, puesto que, bajo este modelo, la persona no es el problema sino es la sociedad quien la rodea y los diversos obstáculos los verdaderos problemas, puesto que nos encontramos ante una sociedad que no es inclusiva y por ello, el Estado es el principal garante para que las personas con discapacidad se sientan incluidas.

El modelo social trabaja de la mano bajo el enfoque de derechos humanos y uno de sus principios principales es el concepto de la dignidad humana, el cual, tal como señala (Biariffi, 2020) debe construir una noción de sujeto moral desvinculada de la idea de capacidad, situación que ocurre de forma contraria con los regímenes de sustitución, puesto que en ellos se evalúa en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional), tal como lo señala “el Comité” en la observación General No.1 previamente citada.

Continuando con el criterio funcional, dicho “Comité” en el año 2014 indicó que este criterio supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Para “El Comité” este criterio es incorrecto por dos motivos principales:



- a. Porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad.
- b. Porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley.

En estos criterios, la discapacidad de una persona o su aptitud para tomar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica, objeto fundamental en los regímenes que sustituyen las decisiones, puesto que finalmente es un tercero quien pasa a tomar las decisiones en nombre de ella.

De esta manera, dentro del ámbito de las Naciones Unidas, se ha comenzado a cuestionar la compatibilidad del uso de la sustitución en la toma de decisiones de personas por parte de los ordenamientos nacionales en circunstancias que pudieran resultar discriminatorias. Al respecto, Francisco Bariffi señala tres grandes cuestionamientos (Bariffi, 2014, Págs. 304 y 305):

1. El primer gran cuestionamiento a nivel universal se produjo en relación con el género, a la vista de los numerosos ordenamientos jurídicos que denegaban el ejercicio de la capacidad jurídica a las mujeres, por el simple hecho de su género sexual. El artículo 15, numeral 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (aprobado en Guatemala por el decreto ley número 49-82) garantiza de un modo claro y absoluto la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica entre hombres y mujeres;
2. El Segundo gran cuestionamiento a nivel universal lo podríamos situar en relación con los derechos humanos del niño a través de la adopción de la Convención sobre los derechos del Niño (aprobado en Guatemala por el decreto número 47-90 del Congreso de la República). Aunque no se podría afirmar que la Convención reconoce el derecho pleno al ejercicio de la capacidad jurídica del niño, lo cierto es que incorpora algunas disposiciones y principios que tienen como objetivo



justamente cuestionar los modelos paternalistas y tutelares donde los niños sólo pueden ejercer sus derechos y tomar decisiones jurídicamente vinculantes por intermedio de sus padres o representantes legales. Así, en la Convención establece, en el artículo 3.1, que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 12.1, que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño;

3. El tercer gran cuestionamiento, no exento de grandes polémicas e incógnitas, se produjo precisamente con la adopción de la CRPD (aprobado en Guatemala por el decreto número 59-2008 del Congreso de la República). Por primera vez se refleja en un instrumento vinculante de derechos humanos un serio cuestionamiento, al modo en el cual la inmensa mayoría de los ordenamientos nacionales relacionan el ejercicio de la capacidad jurídica con la discapacidad, lo que, en la inmensa mayoría de los casos, se salda con la privación absoluta de este derecho.

Ante tales cuestionamientos, con respecto al tema en cuestión, la CRPD hace un pronunciamiento específico sobre el derecho a la capacidad jurídica, misma que debe interpretarse como el derecho a poder tomar decisiones en nombre propio.

Al respecto, es importante mencionar lo que la CRPD dice en su artículo 2 sobre discriminación por motivos de discapacidad:

Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades



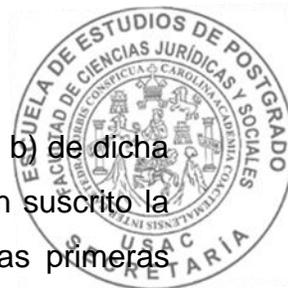
fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

De lo anterior, debemos destacar que la definición señala que no importa si la persona tiene la intención de discriminar, basta con que se produzca el efecto para que se presente un acto discriminatorio; esto con relación a todos los derechos y libertades fundamentales los cuales deben reconocerse, gozarse o ejercerse en igualdad de condiciones.

Partiendo de esta base y continuando con el análisis en los regímenes que sustituyen la voluntad, vamos a encontrar que los mismos no permiten que la persona con discapacidad que ha sido sometido a ellos pueda ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás y por ello, limitar su capacidad jurídica podría considerarse como un acto discriminatorio.

Por esta razón, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (CEDDIS), órgano de dar seguimiento e interpretación de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en su primera reunión extraordinaria en mayo 2011, señaló lo siguiente:

La vigencia de la Convención de la ONU de 2006 implica el cambio del paradigma de la sustitución de la voluntad (que caracteriza al modelo de protección de la mayoría de los Códigos Civiles de Latinoamérica) al nuevo paradigma basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). Que la mayoría de los Códigos Civiles, principalmente, de los Estados de la región mantienen en sus normativas legales institutos jurídicos como la declaración de insania y la curatela como forma de representación legal de la personas con discapacidad, particularmente, personas con discapacidad auditiva y personas con discapacidad mental o intelectual y que dichas instituciones deben ser revisadas en el marco de lo establecido por el art. 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con



Discapacidad de Naciones Unidas por mandato del art. 4.1, incs. a) y b) de dicha Convención. Que la mayoría de los países miembros de la OEA han suscrito la Convención de Naciones Unidas y que por este motivo, una de las primeras medidas que deben adoptar los Estados es el necesario examen a fondo de la legislación y de las políticas nacionales locales, a la luz del instrumento ratificado, que habrá de considerarse no sólo artículo por artículo sino principalmente en su significado global, no bastando con reformar la legislación sino que es preciso acompañarla con medidas en el plano judicial, administrativo, educativo, financiero y social para hacerla operativa.

Estas aseveraciones son muy importantes en el avance sobre los derechos de las personas con discapacidad, tomando en cuenta que la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad acepta la interdicción de este grupo poblacional bajo el concepto de aplicarse para su bienestar y que la misma no constituye discriminación; sin embargo, es importante anotar que dicha Convención es previa a la promulgación de la CRPD -como ya hemos apuntado-, misma que regula la capacidad jurídica como un derecho y que por ende tiene una mayor ponderación sobre la Convención interamericana.

No obstante, el CEDDIS señala que la mayoría de los países miembros de la OEA han suscrito la Convención de Naciones Unidas y que por este motivo, una de las primeras medidas que deben adoptar los Estados es el necesario examen a fondo de la legislación y de las políticas nacionales locales, a la luz de dicho instrumento, tomando en cuenta que la mayoría de los Códigos Civiles, principalmente, de los Estados de la región mantienen en sus normativas legales institutos jurídicos como la declaración de insania y la curatela como forma de representación legal de la personas con discapacidad; por ello, a través de lo aseverado establecen un importante progreso en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.



A su vez, “El Comité” en la observación general número 1 ha señalado que Los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad han sido privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones como la tutela, la curatela y las leyes sobre salud mental que permiten el tratamiento forzoso (...).

Ahora bien, con respecto a las personas con discapacidad intelectual, “El Comité” en dicha observación también se ha pronunciado con cierta preocupación, señalando lo siguiente:

Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones. No obstante, los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva y la negación de la capacidad jurídica han afectado y siguen afectando de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial (...).

En ese sentido, podemos decir entonces que los regímenes que sustituyen la voluntad de la persona, son claramente una violación para los derechos de quien está sometido a ellos, puesto que generan limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica, misma que habilita que una persona con discapacidad pueda gozar de sus derechos como: acceder a la justicia, a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental y a no ser obligado a someterse a un tratamiento de salud mental, a elegir dónde y con quién vivir, a casarse y fundar una familia, a dar su consentimiento para el tratamiento médico, a votar y a postularse como candidato, entre otros.



Como lo ha señalado la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su estudio temático para mejorar el conocimiento y comprensión de la CRPD de fecha 26 de enero de 2009:

En muchos países la legislación en vigor permite declarar incapaz a una persona por deficiencia mental, intelectual o sensorial y atribuir a un tutor la capacidad jurídica para actuar en su nombre. Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12.

De esa cuenta, la sustitución de voluntad de una persona afecta gravemente en el ejercicio y cumplimiento de sus derechos humanos, y por ello, no podemos decir entonces que los mismos buscan la protección del individuo, porque estamos frente al modelo médico – rehabilitador, que como bien lo expusimos con anterioridad, su objetivo no es solo rehabilitar a la persona con discapacidad sino “protegerla” hasta su recuperación, situación que se configura como paternalismo asistencial, donde la persona se convierte en el niño eterno si no se rehabilita.

Contrario a este modelo, tenemos al modelo social, propio de la CRPD, en el cual como lo anotamos con anterioridad, la sociedad se debe configurar para que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos sin ninguna limitación y menos por motivos de discapacidad, como lo es el caso de la interdicción, curatela e internamiento involuntario.

Finalmente, concluimos entonces que, los regímenes que sustituyen la voluntad fueron en su momento instituciones de “protección” para las personas con discapacidad, pero, así como la discapacidad evoluciona y los derechos humanos también lo hacen, así se deben ir cambiando dichos regímenes por otras medidas que ayuden a que la persona con discapacidad no sea protegida, sino que pueda ejercer su capacidad jurídica sin limitación alguna.



De esta manera, a continuación, procederemos a desarrollar la esencia y funcionalidad del sistema de apoyos y salvaguardias, sistema que se encuentra plasmado en el artículo 12, párrafo tercero y cuarto de la CRPD, como una garantía a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

2.5. Sistema de Apoyos y Salvaguardias

Como hemos señalado, la CRPD reconoce el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por lo cual en lugar de utilizar los regímenes que sustituyen la voluntad de la persona, establece un sistema de apoyos y salvaguardias para garantizar ese derecho. Por ello, empezaremos desarrollando a los Apoyos indicando que la CRPD en el artículo 12, párrafo 3 establece lo siguiente que los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

2.5.1. Apoyos

Definir a los apoyos al tenor del derecho internacional de los derechos humanos es un tanto complicado, dado que su estudio es relativamente reciente y pocos son los que han abordado al respecto. Sin embargo, la CRPD hace alusión sobre ellos para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad por lo que señalaremos lo que al respecto algunos autores refieren.

El apoyo puede ser definido de diversas maneras, para la Real Academia Española, la palabra apoyo significa ayudar, favorecer, sostener, auxiliar, prestar un favor, o proteger, sin embargo, dicha definición no es realizada desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, por ello Devandas (2016) indica lo siguiente:



El apoyo a las personas con discapacidad comprende una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo. También incluye la asistencia personal; el apoyo para la adopción de decisiones; el apoyo para la comunicación, como los intérpretes de lengua de señas y los medios alternativos y aumentativos de comunicación; el apoyo para la movilidad, como las tecnologías de apoyo o los animales de asistencia; los servicios para vivir con arreglo a un sistema de vida específico que garanticen la vivienda y la ayuda doméstica; y los servicios comunitarios. Las personas con discapacidad pueden precisar también apoyo para acceder a servicios generales como los de salud, educación y justicia, y utilizar esos servicios (...) La prestación de un apoyo adecuado es necesaria para hacer valer toda la gama de derechos humanos y permite a las personas con discapacidad alcanzar su pleno potencial y contribuir así al bienestar general y la diversidad de la comunidad en la que viven. Para muchas personas con discapacidad, el apoyo es una condición indispensable para participar de forma activa y significativa en la sociedad y, al mismo tiempo, conservar su dignidad, autonomía e independencia. (p. 5)

En ese sentido, el apoyo debe garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer su facultad de elección y control sobre su propia vida, sea cual fuere su deficiencia física, sensorial, mental e intelectual y sobre sus propias opiniones, en lugar de seguir las de quienes atienden sus necesidades.

Para Devandas (2016), existen cuatro elementos esenciales e interrelacionados que devienen de la obligación de prestar apoyos a las personas con discapacidad

1. **Disponibilidad:** Debe disponerse de arreglos y servicios de apoyo adecuados y en cantidad suficiente para todas las personas con discapacidad. Los sistemas de apoyo han de asegurar que haya un número suficiente de programas y servicios en marcha para ofrecer la gama más amplia posible de apoyo a la población



diversa de personas con discapacidad, lo cual incluye apoyo para la comunicación, la adopción de decisiones y la movilidad, asistencia personal, servicios relacionados con el sistema de vida y servicios comunitarios.

2. **Accesibilidad:** Los apoyos deben ser accesibles para todas las personas con discapacidad sin discriminación alguna, por lo que deben estar disponibles en un entorno físico seguro y a una distancia razonable para todas las personas. Asimismo, el apoyo se debe ofrecer gratuitamente o a un costo nominal, teniendo en cuenta la disparidad género y el acceso a los recursos financieros.
3. **Aceptabilidad:** Los apoyos deben incorporar un enfoque basado en los derechos, que se proporcionen a título voluntario y que se respeten los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Se requiere que estén diseñados de modo que se respete la intimidad de los usuarios y aplicar enfoque centrados en la persona.
4. **Elección y control:** Los apoyos deben tener la posibilidad de ser elegidos por la persona y que ejerzan el control de forma directa. Se debe garantizar que las personas con discapacidad tengan la posibilidad de planificar y dirigir su propio apoyo: quién lo presta y cómo lo hace. Este elemento es muy importante porque va ligado íntimamente al ejercicio de la capacidad jurídica. La denegación o la restricción de la capacidad jurídica, violación generalizada de los derechos humanos en el mundo, afecta directamente a la posibilidad de que las personas con discapacidad elijan y controlen el apoyo que reciben y contribuye a imponer servicios que atentan contra su dignidad y sus derechos (pp. 13-15).

En esa misma línea, Palacios (2017) señala que:

(...) la prestación de apoyo es un mecanismo integral perfilado por la CDPC para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las personas en “todos los aspectos de la vida”. El sistema de apoyo debe ser diseñado a partir de las necesidades y circunstancias concretas de la persona. Puede ser individual o colectivo. Así, puede conformarse a través de un/a asistente personal, un familiar o red de



familiares, un allegado o red de allegados, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra opción que pueda propiciar al objeto de su función, que no es otra que la promoción de la autonomía y la protección y el ejercicio de sus derechos (p. 30)

Si bien los sistemas de apoyo pueden conformarse a través de diferentes modalidades (asesoramiento, interpretación, codecisión) el elemento trascendental del modelo de apoyos es que se materializa en el interés jurídico protegido, esto es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.

De este modo, el juzgador podría establecer que para la celebración de determinados actos jurídicos se requiera que el apoyo exprese haber asistido a la persona para la comprensión de las consecuencias o implicancias de dicho acto para su vida. Para otro tipo de actos se puede determinar que el apoyo pueda asistir a la persona en la manifestación de su voluntad o intención a partir de la utilización de formatos alternativos de comunicación y toda otra información necesaria para la conclusión del acto jurídico.

Asimismo, se podría disponer que el apoyo consista en que, al respecto de cierto tipo de actos, la persona de apoyo asienta o complementa la voluntad de la persona con discapacidad, o también podría ser posible que el apoyo realice una acción de representación de la persona para un acto puntualmente determinado o en un momento determinado: “en este último caso, nos encontramos frente a una representación no sustitutiva. Que requiere que se respete la identidad de la persona, su “yo narrativo”, teniendo en cuenta su historia de vida, sus preferencias, deseos y circunstancias personales y sociales” (Palacios, 2017, p. 31).

A este respecto, Cuenca (2011) señala que, en cualquier caso, a diferencia del modelo tutelar-sustitutivo, el modelo de apoyos no tiene como principal objetivo la protección de la persona, sino reconocer y garantizar sus derechos. Y eso tiene profundas consecuencias para el Derecho, puesto que el foco ya no se centra en procurar tomar la



mejor decisión para proteger a la persona desde parámetros externos u objetivos, sino en dotarle de las herramientas y los apoyos necesarios para que ella misma pueda tomar la decisión y ejercer sus derechos desde parámetros propios (p. 221).

El modelo de apoyos requiere de medidas de promoción destinadas a proporcionar los apoyos necesarios para potenciar el ejercicio de la capacidad jurídica, lo que supone crear y adoptar herramientas que garanticen la accesibilidad a dicho derecho con los apoyos necesarios con medidas específicas. Para Palacios (2017) los apoyos podrían configurarse desde tres perspectivas:

1. La primera es la dimensión del apoyo como “condición de accesibilidad” que podría estar inserta en una legislación y/o perspectiva antidiscriminatoria. Se debe prever que al momento de prestarse un servicio se tome en cuenta la prestación de una persona o sistema de apoyos para acceder a ese servicio.
2. La segunda es la dimensión del apoyo como medida de accesibilidad que podría estar inserta en una legislación y/o perspectiva prestacional. Son apoyos direccionados a la garantía de la vida independiente. Se refiere a un apoyo que asista en la vida cotidiana, pero que también se relacione con la toma de decisiones bajo la concepción de proceso y no solamente, en el momento en el que se transmite la decisión y se configure un acto jurídico.
3. La tercera es la dimensión del apoyo como ajuste razonable. En este caso nos encontramos con la obligación de adoptar una medida particular y posterior (p. 32).

A este respecto, en la observación número 1 el Comité señala:

El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin



de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales (...) El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, p.6)

Ahora bien, Michael Bach (2012, p. 85) refiere que resulta conveniente adoptar una aproximación sistemática sobre los apoyos que son necesarios para potenciar la capacidad en la toma de decisiones para el ejercicio de la capacidad jurídica. Para el autor, el reconocimiento de los apoyos necesarios debería incluir:

1. Asistencia para la toma de decisiones para demostrar y ejercer la personalidad jurídica, incluyendo la capacidad de obrar. Dicha asistencia se referiría a la provisión de cualquier tipo de apoyo a una persona al momento de tomar una decisión, de expresar un deseo, o de disponer de terceros para que le ayuden a comunicar su identidad personal a las potenciales partes de un acto jurídico. Se trata de personas designadas por un individuo sobre la base de una relación de confianza y del compromiso de apoyar a la persona a tomar decisiones y de ayudarla a representarla en el ejercicio de la capacidad jurídica sin necesidad de asumir un rol de sustitución en la toma de decisiones. Por ello, la asistencia en la toma de decisiones debería incluir:
 - a. Asistencia informal de la familia o de amigos en la toma de decisiones y en llevar a cabo las actividades del día a día.
 - b. Asistencia personalizada en un lenguaje simple, comunicaciones adoptadas o asistidas, dispositivos de ayuda visual, etcétera.
 - c. Redes de representación de asistencia en la toma de asistencia.
 - d. Apoyo a terceros para entablar relaciones con una persona con discapacidad, a fin de que dichos terceros puedan comprender cómo se comunica y cómo cumplir con el deber de proveer ajustes razonables.



- e. Protecciones contra la responsabilidad civil a las redes de representación en la toma de decisiones y de otras partes que asisten a la persona a tomar una decisión para entablar un acuerdo con una persona por intermedio de una decisión con apoyos. Se debe demostrar que no hubo negligencia y para ellos sería necesario desarrollar una guía.
2. Información y campañas de sensibilización en materia de derechos humanos, capacidad jurídica, toma de decisiones con apoyos, redes de representación en la toma de decisiones;
 3. Apoyo en la defensa de la persona para el ejercicio y la protección de su derecho a la capacidad jurídica;
 4. Sistemas de apoyo comunitarios que proporcionen apoyos relacionados con la discapacidad que sean individualizados, flexibles y responsables.

Continuando con Bach (2012) señala que es importante evaluar a quién va dirigido el apoyo, qué tipo, en qué medida y cuándo se presta, por lo que reconoce cuatro estados distintivos para la toma de decisiones, los cuales permiten el ejercicio de la capacidad jurídica, pero al mismo tiempo respetan el concepto de que la capacidad jurídica pueda ser ejercida de diferentes maneras y con diferentes tipos de capacidad decisoria:

1. **Estado autónomo para la toma de decisiones:** Bajo este estado la persona es reconocida como alguien que puede tomar y comunicar sus decisiones de manera comprensible para las otras partes, posiblemente con alguna asistencia personalizada y ajustes, como ayudas visuales, asesores informales, lenguaje simple, o tecnologías aumentativas de la comunicación.
2. **Estado asistido de toma de decisiones:** En este estado, el individuo selecciona a otros para que lo representen en la formulación y ejercicio de las decisiones. Se trata de un grupo de personas comprometidas en asistir a esa persona en la



formulación y realización de decisiones conforme a sus intenciones y objetivos de vida, y operan en el contexto de relaciones de largo tiempo y conocimiento de la persona. Para la mayoría son suficientes las redes de apoyo informales.

3. **Estado de codecisión:** Este es el caso común de las personas con discapacidad intelectual, quienes puede que no cuenten con personas de confianza, por lo que podrían acceder a personas de apoyo designados nominalmente. Una alternativa podría ser el establecimiento de codecisores como sucede en la legislación de Alberta y de Saskatchewan en Canadá a fin de que sea representado y le asista en la toma de decisiones (Bach, 2012, p. 91).
4. **Estado de decisiones facilitada:** En este grupo encontramos a las personas con discapacidad intelectual profunda, en donde un codecisor no es suficiente. Para esto, debe haber un facilitador que intervenga en este tipo de situaciones que debe cumplir con la obligación de discernir la intención de la persona. La perspectiva de la toma de decisiones facilitada se debe basar siempre en que la persona con discapacidad es sujeto y no objeto, cuya personalidad no sea removida y con esto se le designe una persona que tome decisiones en su nombre.

Por otro lado, Bariffi (2020) indica que sin perjuicio de que el artículo 12, párrafo tercero de la CRPD no señala las características en la toma de decisiones (apoyos) su lectura permite comprender las siguientes:

1. **Gradual:** Su implementación requerirá ser de forma gradual. No obstante, lo que sí queda claro es que los Estados parte deben comenzar a tomar medidas pertinentes de forma inmediata, sin perjuicio de que dichas medidas contemplen un plan de implementación gradual y progresivo.
2. **Complejo:** Supone la implementación de un sistema complejo que no solo requerirá de reformas legales, sino de una acción política del Estado que garantice, entre otras cosas, educación y recursos financieros adecuados. Es por



ello que no consiste simplemente en reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de persona de apoyo en las legislaciones nacionales.

3. **Diverso:** Para que cumpla su cometido y resulte efectivo, el mismo debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y a las diferentes deficiencias intelectuales o mentales de la persona en cuestión. Hay que pensar en los diferentes tipos de apoyo sobre la base del tipo de acto jurídico (personales, de administración o de disposición). Será necesario poner a disposición de la persona diferentes tipos de apoyo que se adapten a su situación, por ejemplo un asistente personal, un familiar, un grupo de amigos, una asociación, un defensor oficial o el defensor del pueblo.
4. **Respetuoso:** Se deben respetar los deseos, preferencias y voluntad de la persona que debe ser siempre tomada en cuenta, también en la elección de la propia figura de apoyo, como lo señala la CRPD. El paradigma del artículo 12 tiende a proteger los derechos de la persona y no la persona en sí misma. Y eso tiene profundas consecuencias para el Derecho, puesto que el foco ya no se centra en procurar tomar la mejor decisión para proteger a la persona desde parámetros externos u objetivos, sino en dotarle de las herramientas y los apoyos necesarios para que ella misma pueda tomar la decisión y ejercer sus derechos desde parámetros propios.
5. **Abierto:** Debe diseñarse pensando en todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica y no solo para las que tienen un determinado tipo de discapacidad, como puede ser el caso de personas mayores, analfabetos, personas con discapacidades comunicacionales severas, etcétera.
6. **Formal:** Requiere de ciertas formalidades adicionales que permitan su implementación en el marco de ciertas reglas y tradiciones jurídicas muy arraigadas, y que tienen como objetivo resguardar la seguridad jurídica y la protección de terceros de buena fe (pp. 241-288).



2.5.2. Clasificación

Ahora bien, como hemos mencionado, el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra, debido a la diversidad de las personas con discapacidad (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014) sin embargo, podemos mencionar algunas formas de apoyo que por supuesto variarían de Estado a Estado (Constantino, 2020).

1. **Support Decision Making (toma de decisiones de apoyo)** A este tipo de apoyo se le conoce como apoyo entre pares. Para Robert Dinerstein citado por Renato Constantino, este apoyo hace referencia a una serie de relaciones, prácticas, arreglos y acuerdos, de más o menos formalidad e intensidad, diseñados para ayudar a una persona con discapacidad a tomar una y comunicar a otros, decisiones sobre la vida de la persona. Esto puede incluir: apoyo de pares, redes de apoyo comunitario y asistencia personal, los llamados apoyos naturales (familia, amigos) o representantes (de conformidad con un acuerdo de representación) para hablar con, en lugar de, para la persona con una discapacidad.
2. **Persona Ombudsman (defensor independiente):** El apoyo lo puede brindar cualquier persona y por lo general los designan las Organizaciones no Gubernamentales, no la defensoría del pueblo. En Suecia, por ejemplo, los defensores independientes (llamados defensores personales) llevan a cabo actividades de divulgación y entablan relaciones de confianza con personas con discapacidad psicosocial, prestándoles apoyo en diferentes esferas de la vida, incluida la toma de decisiones (Devandas, 2017, p. 12).
3. **Consejería:** Se refiere a redes y prácticas a quienes se puede consultar diversas situaciones (pedir consejo).



4. **Codecisión** (regímenes de adopción conjunta de decisiones): Las decisiones deben ser tomadas conjuntamente por una persona y otra a la que esta haya designado. Suelen aplicarse mediante acuerdos privados, aunque algunos marcos jurídicos exigen la intervención de un tribunal (Devandas, 2017, p. 12).
5. **Directivas anticipadas:** Permiten que las personas expresen de antemano su voluntad y sus preferencias para que sean respetadas en caso de que llegaran encontrarse en la imposibilidad de comunicarlas. La persona debe decidir el momento en que una directiva anticipada entra en vigor y dejar de tener efecto. (Devandas, 2017)
6. **Representación:** Este apoyo únicamente se utiliza como apoyos intensos, apoyos obligatorios o toma de decisiones facilitadas. Al respecto, Bariffi (2020) refiere que existe una concepción que parece tomar fuerza y que considera que en el marco de un modelo de apoyos es posible contemplar situaciones excepcionales en las cuales sean necesarias acciones de representación (p. 266).

Las acciones de representación están caracterizadas por tres elementos. En primer lugar, se trata de una representación de tipo legal en el sentido de que está prevista por la norma específica y debe ser ordenada judicialmente. En segundo lugar, que deben ser siempre excepcionales y específicas, es decir, como *última ratio* y sobre actos o aspectos del ejercicio de la capacidad jurídica concretos (ejemplo, para tomar una decisión médica o para vender una propiedad o para actuar en un proceso legal) esto en situaciones tales como discapacidades intelectuales severas, estado de coma permanente, estados de Alzheimer muy avanzados, en los cuales no es posible, incluso mediante apoyos, obtener la voluntad de la persona.

En tercer lugar, que la acción de representación, aunque en rigor signifique que una persona toma una decisión por otra persona, al encontrarnos dentro del modelo apoyos se requiere necesariamente que el representante demuestre la diligencia debida para facilitar la toma de decisiones de conformidad con las intenciones y deseos de la



persona, y si dichas intenciones y deseos no pueden ser discernidos en el corto plazo; se debe facilitar la toma de decisiones que permita mayores oportunidades para comprender lo que la persona quiere o necesita. En otras palabras, el representante no puede decidir sobre su mejor criterio, sino siempre teniendo en cuenta la voluntad presunta de la persona.

En ese sentido, es menester hacer hincapié en que para implementar el modelo de apoyos se debe hacer el reconocimiento de los regímenes de apoyo para la adopción de decisiones. Este alcance variará de un país a otro, pero en esencia permiten que las personas designen a una o más personas de apoyo:

- a) Obtener y entender información; b) evaluar las posibles alternativas a una decisión y sus consecuencias; c) expresar y comunicar una decisión; y/o d) ejecutar una decisión. Sin embargo, en algunas jurisdicciones, la función de las personas de apoyo incluye por regla general la representación, lo que, en la práctica, convierte al apoyo en un mecanismo de sustitución en la adopción de decisiones (Devandas, 2017, p.11).

En algunos países, las personas con discapacidad acuden a los tribunales para que se les reconozca el arreglo de apoyo para la adopción de decisiones. Los tribunales deben determinar el alcance de dichos arreglos o de velar por la idoneidad del alcance propuesto.

Asimismo, otra manera de establecer estos arreglos puede ser a través de acuerdos privados voluntarios y pueden ser dejados sin efecto en cualquier momento. Si bien no requieren una intervención judicial, en muchas jurisdicciones suelen estar sometidos a requisitos de validez muy estrictos y deben ser formalizados ante notario y/o registrados para que puedan surtir efectos jurídicos y ser controlados. Finalmente, es importante apuntar que el modelo de apoyos se inspira en las siguientes reglas y principios:

- a) la autonomía de la voluntad de la persona y en el derecho a tomar sus propias decisiones; b) existe promoción de derechos; c) la voluntad de la persona debe ser



siempre respetada, incluso ante la negativa de recibir los apoyos; d) el procedimiento es de tipo voluntario y estar siempre a favor de la designación de apoyos; e) régimen probatorio amplio y flexible; f) de aplicación por el tiempo que la persona considere que necesita apoyos; g) de aplicación únicamente respecto de personas con discapacidad u otros grupos en situación de vulnerabilidad. (Bariffi, 2020, p. 273)

2.5.3. Salvaguardias

Ya hemos desarrollado lo concerniente a los apoyos establecidos en el párrafo tercero del artículo 12 de la CRPD, sin embargo también debemos desarrollar a las salvaguardias, dado que van de la mano con los apoyos para garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Al respecto la CRPD señala en su párrafo cuarto del artículo en mención lo siguiente:

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 12, párrafo cuatro)

En principio, debemos decir que el objetivo principal de esas salvaguardias es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad



de condiciones con las demás personas. La lectura integral de este párrafo evidencia que las salvaguardias no tienen el único objetivo de evitar abusos en la implementación de las medidas de apoyo, sino también garantizar la igualdad en la capacidad jurídica.

Una de las definiciones más acertadas sobre las salvaguardias, es la establecida por la legislación peruana en el decreto supremo número 016-2019 Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) el cual aprueba el reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y que al respecto define:

Las salvaguardias son medidas destinadas a asegurar que la persona designada como apoyo actúe conforme al mandato encomendado, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que cuenta con apoyo y asegurando que no exista influencia indebida. Deben constar en la escritura pública o en la sentencia de designación de apoyo, indicándose el periodo de su ejecución. (Decreto supremo número 016-2019, mujer y poblaciones vulnerables, 2019, artículo 21.1)

En ese sentido, dicho decreto también establece que la persona que designa el apoyo puede determinar las medidas de salvaguardia que desea, los cuales pueden comprender, entre otras, las siguientes:

- a) Rendición de cuentas, adjuntando los documentos que sustenten la administración de los bienes.
- b) Realización de auditorías.
- c) Supervisión periódica inopinada.
- d) Realización de visitas domiciliarias inopinadas.
- e) Realización de entrevistas con la persona designada como apoyo y personas cercanas a la persona con discapacidad.
- f) Requerir información a las instituciones públicas o privadas, cuando el caso lo amerite o cualquier otra diligencia.



Lo anterior nos da un panorama más amplio sobre la funcionalidad de las salvaguardias y su importancia en el ejercicio de la capacidad jurídica, sin embargo, para estudiarlas de una mejor manera es necesario que desarrollemos cada una de sus características al tenor de lo establecido en el artículo 12, párrafo cuarto de la CRPD.

2.5.4. Características

Ahora bien, el párrafo en cuestión menciona características importantes sobre las salvaguardias, las cuales debemos abordar para entender de una mejor manera la importancia de su implementación.

a. Respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona

En primer lugar, se debe garantizar el respeto por los derechos de las personas, lo que significa que debe garantizar que todo el sistema de apoyos permita el ejercicio de todos los derechos fundamentales de la persona. En segundo lugar, refiere la garantía de la voluntad, entendiéndose la voluntad como la manifestación de expresión de un individuo, la cual debe exteriorizarse desde la propia persona o simultáneamente por un intérprete, pudiendo abarcar todos los formatos o medios alternativos de comunicación.

Algunos autores consideran que la voluntad es más que un impulso, ha seguido un proceso para conformarse, usualmente es después de evaluar varias alternativas y se concretiza, fijándose en el pensamiento de una persona (Constantino, 2020).

Finalmente, la salvaguardia debe respetar las preferencias de la persona, situación que se da cuando la persona reconoce varias alternativas y tiene una opción por encima de otra. Esto sucede cuando no es posible establecer la voluntad de la persona y por ello se debe indagar sobre sus preferencias, tal como se señala en la observación general No. 1 del Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las



preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias" (2014, p.6).

b. Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida

Esta característica señala que la salvaguardia debe evitar que haya conflicto de intereses entre la persona de apoyo y la persona con discapacidad, dado que podría generar la restricción de la capacidad jurídica y la violación a los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. En esa misma línea, se debe garantizar que las decisiones de la persona no provengan de una influencia indebida de su apoyo, según la observación general No. 1 del Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: "Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación" (2014, p.5)

c. Proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona

Esta característica garantiza que los regímenes de apoyo no sean iguales uno con el otro, ya que para su implementación se debe considerar la situación en la que se halla la persona en un tiempo y contexto dado. Supone que las medidas de apoyos pueden ir variando y modificándose según sea en cada circunstancia personal. A este respecto, Devandas (2016) señala lo siguiente:

La existencia de barreras sociales y ambientales genera la necesidad de apoyo. Por ejemplo, las personas con discapacidad que viven en comunidades inaccesibles pueden requerir más apoyo que si vivieran en comunidades accesibles. Las necesidades individuales de apoyo varían también en función de factores personales, como el grado de deficiencia, la edad, la condición socioeconómica y el origen étnico. (p. 5)



d. Aplicación en el plazo más corto posible

Básicamente, esta característica se aplica para acciones de representación en el modelo de apoyos, tal como se apuntó anteriormente (apoyos intensos, apoyos obligatorios o toma de decisiones facilitadas). De ello, Bariffi (2014) refiere:

La principal razón de esta frase es que la misma fue pensada durante las negociaciones para incluirse en un párrafo donde la CDPD diera lugar excepcional a los sistemas de limitación de la capacidad jurídica mediante regímenes de representación, cosa que finalmente se eliminó completamente. Sin perjuicio de tener ello muy presente, igualmente es posible interpretar esta frase en el contexto de un modelo de apoyos, en el sentido de que la misma hace referencia exclusivamente a aquellas situaciones donde resultan necesarias la implementación de acciones de sustitución. Incluso si nos enrolamos en la tesis que defiende que las acciones de sustitución que involucran a personas con discapacidad deben abordarse por fuera del modelo de apoyos, esta garantía resulta aún mucho más relevante. (p. 392)

e. Sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial

La salvaguardia como garantía de protección de los derechos de la persona también requiere que esté sujeta a exámenes periódicos, al respecto Devandas (2016) señala lo siguiente:

A fin de evitar que se produzca cualquier forma de explotación, violencia y abuso en la prestación del apoyo, los Estados han de velar por una vigilancia independiente de todos los centros y programas que presten servicios a las personas con discapacidad, así como por el establecimiento de salvaguardias apropiadas y efectivas. (p. 19)



f. Proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas

Finalmente, en esta característica se reconoce la diversidad de ámbitos personales y patrimoniales de la vida de un individuo. Es así que, por ejemplo, el modelo de apoyos no concibe que una medida que tiene como objetivo resguardar el patrimonio de una persona, tenga como efecto denegar otros derechos fundamentales como el voto, el matrimonio, el ejercicio de la paternidad, etc.

g. Disposiciones esenciales de los sistemas de apoyos y salvaguardias

Como ya hemos visto, el sistema de apoyos y salvaguardias da primacía a los derechos, voluntad y preferencias de la persona, protegiendo todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (capacidad jurídica, igual reconocimiento ante la ley, etc.). En ese sentido, el Comité en la observación general No.1 concuerda en que estos regímenes pueden adoptar muchas formas y que todos deben incluir disposiciones esenciales para asegurar el cumplimiento del artículo 12 de la CRPD, siendo las siguientes:

- a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos.
- b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.
- c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas.
- d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico



accesible y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida.

e) Con el fin de cumplir con la prescripción enunciada en el artículo 12, párrafo 3, de la CRDP de que los Estados parte deben adoptar medidas para proporcionar acceso al apoyo necesario, los Estados parte deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y porque la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.

g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.

h) Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona.



i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo.

h. Diferencias entre los regímenes que sustituyen la voluntad y el modelo de apoyos y salvaguardias

Comprender la diferencia entre ambos sistemas no es una tarea fácil ya que debe realizarse una verdadera transformación de un modelo a otro, puesto que no se trata únicamente de un cambio de nombre sobre los mismos sino en la esencia de ellos. A este respecto, Francisco Bariffi (2020) señala las siguientes diferencias

SUSTITUCIÓN DE LA VOLUNTAD	APOYOS Y SALVAGUARDIAS
La autonomía de la voluntad no existe, o si existe, pone en riesgo grave e inminente la salud o el patrimonio de la persona.	Respeto a la autonomía de la voluntad de la persona y el derecho a tomar sus propias decisiones.
Existe restricción de derechos	Existe promoción de derechos
Se impone incluso en contra de la voluntad de la persona	La voluntad de la persona debe ser siempre respetada, incluso ante la negativa de recibir apoyos
El procedimiento es de tipo contradictorio y ante la duda se está a favor de la capacidad	El procedimiento es de tipo voluntario y se está siempre a favor de la designación de apoyos
El régimen probatorio es riguroso y la carga recae en quien alega la necesidad de limitación	El régimen probatorio es amplio y flexible

No obstante, esta lista no implica que sean las únicas diferencias que pudieran darse entre un sistema y otro, puesto que también existen otros autores como (Constantino y Bregaglio, 2020, pp. 32-59) que establecen las siguientes:



SUSTITUCIÓN DE LA VOLUNTAD	APOYOS Y SALVAGUARDIAS
Muerte civil para todas las personas con discapacidad mental	La deficiencia mental no implica muerte civil
Se designa un curador para el ejercicio de todos los derechos	Se designa un apoyo para determinados actos que materializan derechos
El curado decide según lo que piensa es mejor (mejor interés de la persona)	El apoyo (incluso el obligatorio) decide según la voluntad y preferencias de las personas
Se determina al curador de acuerdo a una prelación	La persona elige al apoyo
El curador es de por vida	El apoyo dura el tiempo que desea quien lo desea
El curador no está sujeto a control	Se establecen salvaguardias para controlar al apoyo
La persona con discapacidad no puede impugnar a su curador	La persona decide cuándo acaba el apoyo (salvo apoyos obligatorios)

Al respecto, es importante pronunciarse sobre estas últimas diferencias, las cuales son claras y precisas, propias de nuestro ordenamiento interno. La primera diferencia radica en la muerte civil o no de las personas con discapacidad mental, y en esto el Código Civil en el artículo 9 establece claramente que los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción, por lo que podemos asegurar que nos encontramos frente a regímenes que sustituyen la voluntad, contrario a lo que establece el sistema de apoyos para lo cual la deficiencia mental no implica muerte civil, y por eso el Comité en la observación general número 1, ha sido muy puntual al señalar lo siguiente:

En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una



deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional) [...] En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio. (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2014, p.6)

La segunda diferencia se refiere a la designación de un curador para el ejercicio de todos los derechos o bien, en la designación de un apoyo para actos determinados. En el artículo 14 el Código Civil establece que los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales, lo que es propio de los regímenes de sustitución. Sin embargo, en el modelo de apoyos se designa a una o varias personas de apoyo para actos determinados como comprar una casa, abrir una cuenta bancaria, entre otros actos, cuyas funciones no serán de representar a la persona con discapacidad sino de orientarla en la realización de dichos actos o bien facilitar su comprensión o su manifestación de la voluntad. Se exceptúan los casos donde los apoyos son con representación, mismos que ya desarrollamos previamente.

La tercera diferencia es en relación con las decisiones tomadas por el curador y las tomadas por el apoyo. Como ya mencionamos, el Código Civil establece la representación para los incapaces, a quienes se les nombra un curador, quién decidirá siempre en nombre de su representado sin importar lo que éste desee o quiera, esto porque siempre lo hará pensando en decisiones que le parezcan que sean mejor para la persona con discapacidad. Ahora bien, para el apoyo la situación es diferente ya que deberá tomar las decisiones respetando los derechos, preferencias y voluntad de la persona con discapacidad, aún en los apoyos con representación, tal como lo establece el Comité en la observación general No. 1: “las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad



y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.”

La cuarta diferencia es con respecto a la determinación del curador y la del apoyo. En los regímenes de sustitución el curador es designado por un orden de prelación, tal como se establece en el artículo 301 del Código Civil con respecto a los declarados en interdicción: La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde: 1o.- Al cónyuge; 2o.- Al padre y a la madre; 3o.- A los hijos mayores de edad; y 4. A los abuelos, en el orden anteriormente establecido, por lo que no cumplirse con ese requisito, la curaduría no es válida. Sin embargo, en el sistema de apoyo es la persona con discapacidad quien elige al apoyo sin que se deba respetar un orden de prelación, pudiendo ser alguien con quien se tenga una relación cercana (familiar) o no.

La quinta diferencia radica en el tiempo que duran los regímenes de sustitución de la voluntad y el modelo de apoyos y salvaguardias. Al respecto, en los regímenes de sustitución el curador cumple con sus funciones sin que exista un tiempo de caducidad; generalmente lo es hasta que fallece o bien cuando fallece su representado; sin embargo, en el modelo de apoyos, el apoyo dura el tiempo que la persona con discapacidad lo desee, es decir que tiene un tiempo estipulado para ejercer sus funciones.

La sexta diferencia es en relación con el control que se ejerce sobre el curador y sobre el apoyo. En los regímenes que sustituyen la voluntad el curador no está sujeto a control, por lo que en su gestión puede haber abusos en contra de su representado, mientras que en el sistema de apoyos se establecen salvaguardias para evitar dichos abusos y que haya influencia indebida, ya que el apoyo se mantiene bajo un control determinado que dependerá del tipo de salvaguardia que le sea interpuesto.

Finalmente, la última diferencia hace énfasis en los regímenes que sustituyen la voluntad la persona con discapacidad no puede impugnar a su curador, es decir que si no está de acuerdo con la gestión del mismo, nada puede hacer al respecto para que este sea relevado de su designación; sin embargo, en el modelo de apoyos la persona

decide cuándo acaba el apoyo, a excepción de los apoyos intensos o con representación, dado que estos últimos se debe tener el pronunciamiento judicial.



En consecuencia, tras haber estudiado a los regímenes que sustituyen la voluntad y el modelo de apoyo y salvaguardias, podemos encontrar que existen diferencias contundentes entre y que la aplicación del sistema de apoyo y salvaguardias puede ser la respuesta para garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.





CAPÍTULO III

El debate de la capacidad jurídica como un derecho humano de las personas con discapacidad intelectual

Considerando la importancia que merece la capacidad jurídica en este trabajo, se hace necesario hacer referencia de ella, por lo que en el presente capítulo se hará un recorrido de la capacidad jurídica desde un punto de vista general, es decir, como un atributo de la persona en sí misma, pero también desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos y cómo la misma se ha convertido en un derecho humano de las personas con discapacidad, según lo establece la CRPD, Convención que regula lo relacionado con la materia.

Para iniciar, es importante indicar que una persona que es sujeto de derechos es a quien se le adjudican facultades y deberes, derechos y obligaciones permitiéndole su desarrollo e interacción social. (Varsi, 2014) Para ello el ordenamiento jurídico lo dota de atributos inherentes a sí mismo, y en Guatemala la persona tiene nombre, domicilio, estado civil, nacionalidad, patrimonio, personalidad jurídica y capacidad.

3. Definición

La capacidad es un atributo que permite adquirir y ejercitar derechos (Tobías, 2009). En ese sentido la capacidad supone una posición estática del sujeto, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico (Castán, 1943). Finalmente, es la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones (Borda, 2008).

Como podemos notar, estas definiciones tienen como común denominador que la capacidad jurídica como atributo de la persona le da la aptitud para ser titular de derechos



y contraer obligaciones, es decir que permite que el titular puede ejercer esos derechos y facultades que la ley otorga.

3.1. Características

Entre las características de la capacidad tenemos:

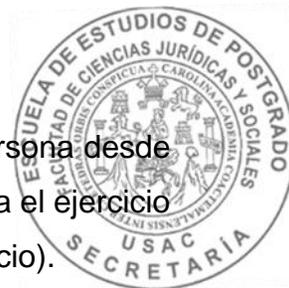
- a. La capacidad es cualidad, aptitud, un atributo que permite tener un estatus jurídico.
- b. Corresponde al ser humano jurídicamente apreciado como sujeto.
- c. Los preceptos legales relativos a la capacidad son de orden público, por lo tanto, irrenunciables y no puede pactarse en contra de ellos.
- d. Se sustentan en criterios de igualdad, varón y la mujer tiene igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles. Ni uno más, ni otro menos, equiparidad en el estatus y relaciones jurídicas (Varsi, 2014).

En ese sentido, al tenor de lo expuesto podemos apreciar que la capacidad jurídica tiene sus propias características relacionadas con ser un atributo de la persona, y posteriormente, de forma tácita, el autor la posiciona como un derecho humano, dado que le pertenece al ser humano como sujeto de derecho, es irrenunciable y se sustenta en criterios de igualdad o como bien hemos venido sustentando, bajo el principio y derecho de igualdad, características que nos permiten afirmar la evolución de la capacidad jurídica hacia un derecho humano y por ende parte del derecho internacional de los derechos humanos.

3.2. Clases

La capacidad comprende dos aspectos diferenciables que pueden entenderse de la siguiente manera:

- a. Aptitud de ser titular de derechos (capacidad de goce).
- b. Posibilidad de realizar tales derechos por sí mismo (capacidad de ejercicio).



Al respecto la legislación regula dicha dualidad puesto que a toda persona desde su concepción se le considera titular de derechos (capacidad de goce) y para el ejercicio de sus derechos civiles se requiere la mayoría de edad (capacidad de ejercicio).

Es importante mencionar que la capacidad jurídica en Guatemala tiene los siguientes criterios:

- a. A la persona desde su concepción hasta los 17 años de edad, se considera que tiene una capacidad de goce y solo puede ejercer sus derechos a través de un representante legal (artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala y artículo 1 del Código Civil).
- b. A los que han cumplido 18 años de edad se considera que tienen una capacidad de ejercicio y por ende puede ejercer sus derechos civiles por sí mismos (artículo 8 del Código Civil).
- c. A los mayores de 14 años, pero menores de 18 años de edad, se les otorga una capacidad relativa y tienen capacidad para realizar algunos actos determinados por la ley (artículo 8 del Código Civil).

3.2.1. Capacidad de goce

La capacidad de goce es la titularidad de derechos; es una atribución que tiene la persona en el sentido de ser titular de derechos jurídicamente establecidos (Varsi, 2014, p. 811). Por otro lado, Vásquez (2013) señala que la capacidad de goce es la aptitud para ser sujeto de derechos y deberes, pero referida a la mera tenencia y goce de los derechos, siendo la base para ostentar aquellos y éstos (p.59).

Para Vásquez (2013) la capacidad de goce es una capacidad pasiva, ya que toda persona es capaz de adquirir cualquier clase de derechos. Entonces, de lo expuesto por



ambos autores, podemos decir que todos tenemos capacidad de goce, puesto que todo individuo es titular de derechos, por el simple hecho de ser humano.

3.2.1.1. Características

Según diversos autores, como características de la capacidad de goce tenemos:

Para Vásquez (2013) algunas de ellas son:

- Común para todos los hombres
- Comprende todos los derechos inherentes de todas las personas
- No puede limitarse
- Es una e indivisible
- Es irreductible
- Es abstracta

Para Varsi (2014) algunas de ellas son:

- Existen *per se*.
- Condición propia y natural
- Permite la tenencia de derechos
- No podemos hablar de una incapacidad de goce
- Está basado en principio de igualdad (no acepta gradualidades)
- Se adquiere con la concepción y termina con la muerte, es decir que acompaña al sujeto durante toda su existencia.
- Presupuesto de hecho: existencia del sujeto.

Dichas características nos demuestran que esta clase de capacidad la poseen todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, desde su concepción hasta su muerte, el cual le permite la tenencia de derechos, por lo que no se le puede desconocer o limitar tal como lo señala Varsi (2014) al decir que no se puede hablar de una incapacidad de goce.



3.2.2. Capacidad de ejercicio

La capacidad de ejercicio está relacionada con la competencia o idoneidad que se tiene para actuar. A través de esta se permiten crear, regular, modificar o extinguir actos jurídicos (Varsi, 2014, p. 821). Para Rubio (1992) la capacidad de ejercicio es la atribución de la persona de ejercitar por sí misma los derechos a los que tiene la capacidad de goce (p. 150). En ese sentido, para País (2007) es la posibilidad que cada persona tiene de actuar personal y directamente, de actuar en el mundo del Derecho (p. 90).

De lo anterior podemos decir entonces que la capacidad de ejercicio es la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y ejercerlos por sí misma, es decir, bajo su propia voluntad sin que otra persona decida en su nombre.

3.2.2.1. Características

Dentro de las características de la capacidad de ejercicio podemos mencionar las de Varsi (2014)

- Determinada por la ley
- Puede ser limitada por la incapacidad
- Es un requisito de validez del acto jurídico
- Permite la producción plena de efectos jurídicos
- *In dubio pro capacitate*, la capacidad de ejercicio se presume
- Se adquiere por la mayoría de edad y se pierde por la muerte o por incapacidad

3.3. Incapacidad

Este tema ya fue abordado con anterioridad en el capítulo anterior, sin embargo, es importante indicar que la capacidad de ejercicio se pierde por medio de la incapacidad pudiendo ser esta absoluta o relativa.



3.3.1. Incapacidad absoluta

Es aquella ineptitud legal que priva totalmente al sujeto de la posibilidad de realizar actos jurídicos por sí mismo. La incapacidad absoluta proviene de la imposibilidad de la persona de expresar una voluntad (Varsi, 2014, p. 849). Estos incapaces son totalmente inaptos al ejercicio de sus actividades de la vida civil (Pereira, 2004, p. 273).

Al respecto, el artículo 9 del Código Civil establece que tienen incapacidad absoluta los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, siempre que a juicio de expertos sea crónica e incurable, así como a los ebrios habituales y toxicómanos que se exponen a ellos mismos o a sus familias a graves perjuicios económicos.

Respecto a su duración puede ser:

- Permanente: los cuales son los casos irreversibles de privación de discernimiento.
- Temporal: cuando se refiere a los menores de 14 años, quienes únicamente tienen capacidad de goce.

Es importante mencionar que, según el ordenamiento jurídico nacional, la edad y el discernimiento son las únicas razones atendibles para privar a la persona de la capacidad de ejercer sus derechos, tal como lo establecen los artículos 8 y 9 del Código Civil:

ARTÍCULO 8.- (Capacidad) La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley. ARTICULO 9.- (Incapacidad) Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden asimismo ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos (...)



3.3.2. Incapacidad relativa

La incapacidad relativa comprende a las personas que se encuentran parcial o momentáneamente privadas de la capacidad de ejercicio, pudiendo ejercer ciertos actos o recuperar la capacidad en un momento posterior, lo que permitiría convalidar el acto. Se les permite la realización de ciertos actos (Varsi, 2014, p. 854).

La incapacidad relativa tiene por finalidad la protección de ciertas personas que no carecen totalmente de juicio, pero que no pueden administrar eficientemente sus negocios (León, 1952, p. 404).

Ahora bien, según la legislación nacional, tienen capacidad relativa:

- a. **Los menores de edad que han cumplido catorce años** quienes son capaces para determinados actos como el reconocimiento de sus hijos sin el consentimiento de quienes ejerzan su patria potestad para el caso de la mujer (artículo 218 del Código Civil) para contratar su trabajo (artículo 258 del Código Civil) para ser testigo al ser mayores de 16 años (artículo 144 del Código Procesal Civil y Mercantil) entre otros actos.
- b. **Las perturbaciones mentales transitorias** (artículo 10 del Código Civil)
- c. **Ceguera congénita o adquirida y los sordomudos**, pero son capaces los que puedan expresar su voluntad de manera indubitable (artículo 14 del Código Civil).

Es importante mencionar que en la incapacidad la persona siempre será representada por alguien más. En el caso de los menores de edad, por quien ejerza la patria potestad al igual que en el caso de los mayores de edad, a quienes les será nombrado un representante legal según orden de prelación.



Lo anterior es al tenor de lo establecido en los artículos 14 y 254 del Código Civil, los cuales al respecto indican:

Artículo 14: Los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales.

Artículo 254: (Representación del menor o incapacitado). La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.

3.4. La capacidad jurídica desde los Derechos Humanos

Después de haber realizado un estudio sobre la capacidad jurídica desde el punto de vista del derecho civil (derecho privado) es necesario estudiar el tema desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que como veremos en este capítulo, la capacidad jurídica es un derecho humano inherente a todo ser humano por el simple hecho de serlo.

El discurso clásico de los derechos requiere de una revisión en torno a cuatro elementos:

El primero consiste en abandonar la construcción de la dignidad humana desde la capacidad; el segundo se refiere a la necesidad de tomar como punto de partida de la reflexión sobre la igualdad el hecho de la diferencia y la valoración positiva de la diversidad humana; el tercero consiste en introducir como otro de los grandes principios definidores del sentido de los derechos a la accesibilidad universal; el cuatro tiene que ver con el reconocimiento de la importancia de las dimensiones culturales. (De Asís, 2013)

Tal como lo desarrollamos anteriormente, el modelo social entiende a la discapacidad no como un problema individual de la persona sino como un problema social, es decir, la discapacidad en gran medida es consecuencia de una sociedad que



no se encuentra pensada ni diseñada para enfrentar las necesidades de todas las personas.

Al respecto, la CRDP supone este cambio y establece como fundamento dicho modelo, haciendo valer los mismos derechos para las personas con discapacidad y sin discapacidad, así como lo promulga el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Ahora bien, el ejercicio de la capacidad jurídica se establece como una garantía de acceso al goce y ejercicio de todos los derechos humanos. De esto es importante señalar que todas las personas son titulares de dichos derechos por el simple hecho de ser seres humanos, por lo que podemos decir entonces que la puerta de acceso a la titularidad de los derechos y a la capacidad jurídica es la condición de humanos.

En ese sentido, sin un reconocimiento pleno de la capacidad jurídica, no es posible acceder verdaderamente al ejercicio de los derechos humanos en general, pero tampoco al exhaustivo y detallado listado de derechos reconocidos en la CRPD (Minkowitz, 2007).

Asimismo, Bach (2012) señala que tener capacidad jurídica de obrar resulta central para la forma en que una persona puede formar su potestad como persona. Si uno puede heredar un bien (en virtud del derecho a la personalidad jurídica reconocida según la interpretación mayoritaria del artículo 16 del PIDCP) pero no puede enajenar dicho bien para adquirir otros bienes necesarios para un proyecto de vida personal (debido a que se considera que uno no dispone de la capacidad jurídica necesaria para realizar tales actos) es difícil ver el modo en que la personalidad de la persona se ve efectivamente reconocida y protegida.

Continuando con la capacidad jurídica como un derecho humano, debemos saber que la misma se puede ver desde varios puntos de vista, ello derivado de las obligaciones de un Estado en materia de derechos humanos, consistentes en respetar, proteger y

cumplir, tal y como lo señala Biariffi (2014) y de los cuales desarrollaremos a continuación.



3.4.1. Capacidad jurídica como garantía de respeto

Las personas tienen el derecho a que se respeten sus derechos humanos, siendo esto una de las obligaciones de los Estados según el derecho internacional de los derechos humanos. En términos generales, respetar se trata de una obligación de no hacer, ya que lo que establece es que el Estado se abstenga de realizar acciones que de alguna forma puedan lesionar los derechos protegidos.

En ese orden de ideas, el Estado debe abstenerse de interferir en las libertades fundamentales de las personas. La intromisión del Estado puede resultar de una acción directa por intermedio de sus funcionarios públicos, pero también puede resultar de la imposición de una norma (Bariffi, 2014, p. 259) puesto que el Estado, a través de su labor legislativa, en ocasiones sanciona leyes o normas que tienen como propósito o efecto menoscabar el reconocimiento de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, incurriendo así en responsabilidad internacional por incumplir con la obligación de respetar dicho derechos.

Entonces, podemos decir que la regulación de la capacidad jurídica incide grandemente en el reconocimiento y goce efectivo de los derechos humanos, y esto lo podemos entender cuando, por ejemplo, el Estado reconoce el derecho al matrimonio o al voto, pero al mismo tiempo está limitando a cierto grupo de personas (personas con discapacidad intelectual, mental, psicosocial) a ejercer dichos derechos, incumpliendo con su obligación de respetar.

Continuando con esta obligación, en lo concerniente al Sistema Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado en Guatemala por el decreto número 9-92 del Congreso de la República) establece en su artículo 2, párrafo 1 que los



Estados parte se comprometan a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el mismo, sin distinción alguna. A este respecto, en la observación general No. 31, el Comité de Derechos Humanos consideró que lo establecido en el párrafo 1 del artículo 2 de dicho pacto relativo al respeto y garantía de los derechos reconocidos en él, producen un efecto inmediato en todos los Estados. Además, determinó que dicha obligación es tanto de carácter negativo como positivo, pues los Estados parte deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos.

Aunado a ello, el Comité indicó que esta obligación también le impone a los Estados el deber de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir con sus obligaciones jurídicas (Comité de Derechos Humanos, 2004).

En ese orden de ideas, respecto al Sistema Interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada en Guatemala por el Decreto número 6-78 del Congreso de la República) siguió una redacción en parte similar a la del artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, al establecer en el artículo 1 que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Al respecto, Ferrer y Pelayo (2019, p. 49) indican que la obligación de respetar consiste en cumplir directamente la norma establecida, ya sea absteniéndose o dando una prestación.

Asimismo, Gros (1991) define a esta obligación como la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención, refiriéndose a la Convención Americana.



Sobre este particular, la CIDH en su Opinión Consultiva OC-6/86, párrafo 21, 1986 estableció lo siguiente:

(...) la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986)

En ese sentido, al tenor de lo expuesto por la CIDH, podemos decir que la obligación de respetar constituye una obligación que implica no interferir o limitar los derechos, lo que significa que el Estado no puede violentar esos derechos humanos ni por sus acciones ni por sus omisiones.

En consecuencia, podemos afirmar que la capacidad jurídica, siendo un derecho humano de las personas con discapacidad intelectual reconocida convencionalmente, debe ser respetada y por ende no puede ser limitada o restringida por el poder estatal, puesto que esta limitación no solo representa un perjuicio para dicho derecho sino también para otras libertades fundamentales como el derecho a la participación política, el derecho a poseer y disponer de bienes y servicios, el derecho al matrimonio, entre otros. En términos generales, respetar la capacidad jurídica incide grandemente en el reconocimiento y goce efectivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad intelectual.

3.4.2. Capacidad jurídica como garantía de protección

Continuando con las obligaciones del Estado, otra de las obligaciones consiste en proteger y en esto podemos decir que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las



medidas necesarias para asegurarles a sus habitantes el goce de sus derechos humanos. Esta es una obligación dirigida a los agentes estatales en el marco de sus respectivas funciones para prevenir las violaciones a derechos humanos, así como crear el marco jurídico y la maquinaria institucional para cumplir ese fin. Esto es una conducta positiva del Estado, quien está obligado a realizar diversas acciones para proteger a las personas de las interferencias provenientes de sus propios agentes y de particulares (Serrano, 2013, p. 107).

Al respecto, Ferrer y Pelayo (2017) establecen lo siguiente:

El Estado debe adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas, deberá estarse ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. (p. 37)

Lo anterior significa que el Estado tiene la obligación de crear medidas específicas para proteger los derechos de los particulares, a fin de que estos no sean vulnerados. A este respecto Fix (2007) señala lo siguiente:

Para lograr una protección efectiva de los derechos humanos no basta su enumeración en cuerpos normativos internacionales con carácter vinculante (...) es necesario establecer procedimientos a través de los cuales se salvaguarden los derechos de las personas evitando que éstos sean vulnerados y en el caso de que ya lo hubieran sido, se les restituya en el goce de los mismos o se les compense de algún modo por el daño ocasionado. (pp. 114-115)

Lo citado da cuenta de que la protección conlleva evitar la vulneración de los derechos, pero también conlleva la restitución de los mismos cuando han sido vulnerados. En ese sentido, la persona tiene el derecho a que le sean subsanados pudiendo ante autoridad competente (tribunal nacional o incluso instancias internacionales) reclamar la restitución, sin embargo, es importante indicar que para ello



se debe tener capacidad jurídica, por lo que podemos decir que esta es la puerta para reclamar los derechos ante instancias de cualquier índole y al no contar con ellas, las personas con discapacidad intelectual son vulneradas en sus derechos. Por lo anterior,

Bariffi (2014) sostiene lo siguiente:

La regulación de la capacidad jurídica incide de forma directa en la potestad de las personas de acceder en nombre propio a cualquier instancia de reclamación de derechos, sea ello en el ámbito estrictamente jurisdiccional, sea ante instancias administrativas. La privación de la capacidad jurídica le impide a una persona solicitar una revisión de una medida de internamiento involuntario, o demandar a un tercero ante la vulneración de un derecho, o presentar una reclamación administrativa para gozar de algún beneficio social. (p. 260)

En consecuencia, podemos afirmar que el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, quienes al no contar con este, se ven expuestas a múltiples amenazas en la vulneración de otros derechos que como seres humanos les son inherentes.

3.4.3. Capacidad jurídica como garantía de cumplimiento

Finalmente, la obligación de cumplir los derechos humanos consiste en que el Estado debe realizar acciones positivas para asegurar que todas las personas puedan ejercer sus derechos humanos, incluyendo a las personas con discapacidad intelectual, por lo que el Estado debe adoptar leyes y políticas que promuevan sus derechos humanos, así como tomar o desarrollar cualquier otra clase de medidas que aseguren su cumplimiento.

De esta obligación se deriva otra serie de obligaciones específicas (o formas de cumplimiento) siendo la primera de ellas la obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. A este respecto, Ferrer y Pelayo (2017) señalan que las



medidas para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales.

Las medidas generales están dirigidas a toda la población y se encuentran en relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno. Desde esa perspectiva, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella, sea a través de la incorporación directa de dichas normas o a través de normas internas que las reproduzcan.

En relación con las medidas especiales Ferrer Mac y Pelayo (2017) señalan que existen autores que estiman que en ocasiones surge un deber de protección especial determinables en función de las necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre.

Al tenor de lo expuesto, podemos decir entonces que a diferencia de las otras dos obligaciones (respetar y proteger) en esta obligación el Estado tiene por objeto la realización de los derechos humanos y asegurar que todas las personas puedan disfrutar de ellos sin distinción alguna. A este respecto, Serrano (2013) afirma que el cumplimiento de esta obligación implica la adopción de medidas tendientes a la plena efectividad de los derechos humanos, sean estas legislativas o de cualquier otro carácter.

En consecuencia, la CRPD establece que para que el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica sea posible y que no coloque a las personas con discapacidad en una situación mayor de vulneración de derechos, es preciso que el Estado asegure un sistema de apoyos para el ejercicio de dicho derecho, tema que desarrollaremos a fondo más adelante, pero que en este apartado diremos que es de cumplimiento obligatorio como una obligación del Estado para el efectivo goce de los derechos humanos.



Ahora bien, previo a seguir abordando la capacidad jurídica como un derecho humano de toda persona (incluyendo a las personas con discapacidad intelectual) es necesario detenernos y analizar lo que al respecto señala la CRPD.

3.4.4. Capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad

En el artículo 12 de la CRPD encontramos lo regulado a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad bajo el epígrafe “Igual reconocimiento como persona ante la ley”. El artículo en mención inicia indicando que los Estados parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y aunque el mismo no es parte principal del tema en cuestión, es importante señalar que la personalidad jurídica es una condición necesaria para el goce y ejercicio de todos los derechos individuales.

En esa misma línea Nowak (2005) en su comentario al Pacto de Derechos Civiles y Políticos indicó que sin la personalidad, el individuo podría ser reducido a un bien legal, donde dicho individuo no sería considerado una persona en el sentido jurídico, y por tanto podría ser privado de todos los demás derechos, incluidos el derecho a la vida.

Asimismo, en el caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, la CIDH en la sentencia de fondo de fecha 25 de noviembre de 2000, en el párrafo 179, consideró que:

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes.

Ahora bien, continuando con el artículo 12 de la CRPD, el párrafo segundo establece que los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen



capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Como podemos ver, en este párrafo se cita propiamente el derecho a la capacidad jurídica como tal, mismo que podemos decir que es una derivación del derecho a la personalidad jurídica y al respecto, la observación general No. 1 del Comité señala que:

La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2014, p.3)

En ese sentido, es importante que comprendamos lo que al respecto refiere la CRPD al hablar sobre personas con discapacidad y capacidad jurídica, puesto que es clara al indicar que los Estados tienen la obligación de reconocerles ese derecho.

Entonces, como punto número uno vemos que la persona con discapacidad es el sujeto de derecho y que en la CRPD ya no es visto desde el punto de vista del modelo médico sino desde el modelo social, esto porque si lo vemos desde el paradigma médico, la persona con discapacidad siempre caerá en la figura de incapacidad. Al respecto, la CRPD en el inciso e) del preámbulo desarrolla el modelo social e indica que:

La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, preámbulo, inciso e)

Como podemos ver, la definición está construida bajo el modelo social al reconocer que son las barreras existentes en la sociedad que limitan o impiden el ejercicio de



derechos, a diferencia del modelo médico en donde la persona por su deficiencia deviene en incapacidad y a menos que se rehabilite, ésta quedará excluida de la sociedad.

En esa misma línea, la CRPD en el artículo 1, párrafo 2, establece su propia definición sobre lo que es una persona con discapacidad:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 1, párrafo 2)

Para el trabajo que estamos desarrollando es importante anotar dos puntos: 1) que la CRPD no es cerrada sino que incluye a las personas mencionadas, pero no excluye a otras personas que puedan estar protegidas en las legislaciones internas como lo es el caso de las personas con anorexia, consideradas como una discapacidad percibida o sobrevenida en algunos países, 2) que la definición incluye a las personas con discapacidad intelectual, objeto de este trabajo, por lo que por ninguna razón podemos asumir que el artículo 12, párrafo 2 excluye a dichas personas.

De lo anterior, Bariffi (2014) nos plantea que no es el problema que la persona con síndrome de down no pueda comprender un acto jurídico, sino que el problema es que, según como se plantean los actos jurídicos, esa persona enfrenta la barrera social que no le permite situarse en igualdad de condiciones con los demás. El autor afirma que con esto se le da la vuelta a la aproximación del modelo médico puesto que no es la limitación personal sino la barrera contextual la que impide ejercer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

En la observación general No.1, el Comité ha señalado que en la mayoría de los informes de los Estados parte que esta instancia ha examinado, se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa



de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta.

Ahora bien, con respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es importante traer a colación lo que ya hemos señalado con anterioridad, que la capacidad jurídica es la puerta de acceso para el ejercicio de los derechos humanos.

Bariffi (2014) señala que el concepto de capacidad jurídica generó importantes debates durante el proceso de negociación de la CRPD, a lo que hay que sumar las escasas referencias al mismo por parte del derecho internacional de los derechos humanos. Desde el momento que el concepto de “capacidad jurídica” apareció en el primer borrador, comenzaron a surgir intensas discusiones sobre su significado jurídico. En términos generales, la disputa se centró en definir si capacidad jurídica debía implicar únicamente “capacidad de tener derechos” o si por lo contrario, debía incluir también “capacidad de obrar”.

Al respecto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó ante los Estados conferenciantes un informe sobre capacidad jurídica en ocasión de la sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre Discapacidad.

El informe explora las disposiciones análogas, como el artículo 16 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y disposiciones similares de los tratados regionales de derechos humanos, o como el artículo 15, numeral 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, para concluir lo siguiente:

El derecho al reconocimiento de la “personalidad jurídica” confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y, por tanto, es un requisito previo a todos los otros derechos. El concepto de “capacidad jurídica” es un concepto más amplio que, lógicamente, presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad



de ejercer dichos derechos o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico). (Bariffi, 2014, p.248)

Por lo anterior podemos decir que la capacidad jurídica incluye la capacidad de obrar, entendida como la capacidad y la facultad de una persona en virtud del derecho de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o en un sentido más general de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas (Bariffi, 2009).

Previamente ya hemos señalado diversas definiciones sobre capacidad jurídica, por lo que únicamente diremos que la capacidad jurídica es un derecho que también es inherente a la persona con discapacidad por el simple hecho de ser un ser humano, la cual la habilita para ejercer sus derechos por sí misma, que le permite tomar decisiones vinculantes y hacer que se les respeten. La capacidad jurídica permite que una persona pueda realizar actos como contraer matrimonio o heredar bienes. Asimismo protege contra intervenciones no deseadas, por ejemplo, para rechazar un tratamiento médico que no se desea recibir, entre otras cosas, y todo esto se debe hacer en igualdad de condiciones que los demás, lo que nos lleva a hablar sobre el siguiente aspecto.

El derecho a la igualdad está recogido en la CRPD desde varias perspectivas. En primer lugar, como propósito del tratado (artículo 1) en segundo lugar, como principio y como valor (artículo 3). En tercer lugar, como obligación directa a los Estados parte (artículo 4) y en cuarto lugar como derecho autónomo (artículo 5). Por ello, podría decirse que la CRPD recoge un concepto amplio de igualdad, el cual no se resume en la igualdad formal, sino más bien en la igualdad material (Bariffi, 2014). Esto supone el respeto de la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana, lo cual necesariamente supone la adopción de políticas de reconocimiento, así como de medidas para garantizar la participación e inclusión total y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad. Al respecto, el Comité en su observación general número 6 señala lo siguiente:



Al Comité le preocupa el hecho de que las leyes y políticas de los Estados partes sigan considerando la discapacidad desde la perspectiva del modelo médico o de beneficencia, a pesar de estos modelos son incompatibles con la Convención, dado que uso impide reconocer a las personas con discapacidad como plenos sujetos de derechos y titulares de derechos. (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018)

El modelo de discapacidad basado en los derechos humanos reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Este modelo también reconoce que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí.

La igualdad y la no discriminación son tanto principios como derechos, por lo que su cumplimiento debe ser inmediato y no progresivo. En la CRPD se hace referencia a ambos en el artículo 3 como principios y en el artículo 5 como derechos, y por ello podemos afirmar que hablar de igualdad para el ejercicio de la capacidad jurídica es hablar de no discriminación y que por ende la persona con discapacidad puede ejercer estos derechos sin limitación alguna.

En otras palabras, la capacidad jurídica quizás pueda limitarse en algún momento dado, pero no por motivos de discapacidad, y así como una persona sin discapacidad ejerce sus derechos sin que nadie más lo haga en su nombre, así debe de ser también para aquellas que tienen una discapacidad, al tenor de lo que establece la CRPD.

Finalmente, nos vamos a referir al último elemento del párrafo 2, del artículo 12 de la CRPD, el cual establece que a las personas con discapacidad se les reconoce su derecho a la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida.

De esto podemos decir que la persona con discapacidad no solamente podrá ejercer derechos como la educación, la salud, la cultura y el deporte, entre otros, sino que



también podrá ejercer aquellos que les habían sido vedados al estar sometidos bajo un régimen de sustitución de la voluntad, por ejemplo; sin embargo, esto genera un gran problema en aquellos Estados cuyos ordenamientos jurídicos aún mantienen vigentes esas instituciones de sustitución.

Los sistemas de derecho civil de origen romano se han centrado históricamente en la dimensión patrimonial de los derechos, dejando de lado o abordando de manera insuficiente la dimensión personal de los derechos, y por eso afirma lo siguiente:

El artículo 12(2) claramente se debe aplicar tanto a los aspectos patrimoniales como personales de las personas con discapacidad. Y esto cobra especial importancia al momento de pensar en su aplicación a nivel nacional, puesto que la mayoría de los códigos civiles contienen expresas y precisas disposiciones sobre el modo de proteger a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos patrimoniales, pero suelen guardar silencio, o denegar directa o indirectamente el ejercicio de los derechos personales. Esto encuentra su razón de ser básicamente en dos motivos, uno de base ideológica, y otro de base práctica. Desde un punto de vista ideológico, la mayoría de los códigos civiles han sido gestados desde el auge del liberalismo capitalista y tienen como principal objetivo regular y proteger el derecho a la propiedad privada. Desde un punto de vista práctico, el remedio o herramienta legal de protección que se aplica, esto es la representación sustitutiva, no permite en muchos casos trasladar la toma de decisiones de tipo personal al tutor o representante cuando se trata de derechos personalísimos que sólo puede llevar a cabo la persona en nombre propio, como podría ser el ejemplo del matrimonio, o el ejercicio del derecho al sufragio. (Bariffi, 2014, p. 309)

En ese sentido, podemos afirmar que el derecho a la capacidad jurídica ya no es solamente un ámbito del derecho civil (derecho privado) sino que actualmente también abarca el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (derecho público) por lo que es menester cumplirse con el presupuesto de que el ejercicio de ese derecho debe ser en todos los aspectos de la vida.



Ahora bien, continuando con el artículo 12 de la CRPD, establece en el párrafo tercero y cuarto lo siguiente:

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 12, párrafos tercero y cuarto)

El párrafo tercero básicamente hace alusión a las medidas que deben tomar los Estados parte para el acceso al apoyo que puedan necesitar las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Previamente desarrollamos qué es un apoyo, sin embargo, nos quedan las preguntas sobre ¿qué medidas deben ser?, ¿administrativas, judiciales, legislativas? Preguntas que trataremos de ahondar y responder en el siguiente capítulo como parte medular de esta investigación.

En ese mismo sentido, el párrafo cuarto hace alusión que en dichas medidas se proporcionen las salvaguardias adecuadas, es decir, para el ejercicio de ese apoyo, esto con el fin de evitar abusos, puesto que es importante anotar que los apoyos siempre deberán ir acompañados de salvaguardias, lo que nos lleva a estar frente a un nuevo sistema denominado bajo esos términos y que uno sin el otro no subsistiría.



Finalmente, el último párrafo del artículo 12 de la CRPD establece que los Estados parte deben tomar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Como podemos ver, este precepto se centra en la misma línea que los párrafos anteriores, con una mayor acentuación en el área patrimonial de las personas con discapacidad, esto porque muchas de ellas son despojadas de sus bienes o bien, les es vedado el derecho a controlar sus propios asuntos económicos, bajo la creencia que no tienen la capacidad legal para poder hacerlo, por lo que además la norma es precisa en establecer que debe hacerse en igualdad de condiciones con las demás personas.

Aunque el párrafo es distinto y se acentúa con mayor preponderancia, lo cierto es que para lograr su cumplimiento se deben de tomar todas las medidas pertinentes y efectivas, lo que nos arroja a las preguntas que ya hemos planteado y que, además, nos lleva al sistema de apoyos y salvaguardias, sistema expuesto con anterioridad.

3.4.5. Capacidad jurídica y su relación con otros derechos

Como bien sabemos, los derechos humanos tienen varias características dentro de las cuales varios autores coinciden en su universalidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad, indisolubilidad e indivisibilidad (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008) siendo estos dos últimos los puntos importantes por lo que desarrollaremos a la capacidad jurídica y su relación con otros derechos, dado que los derechos humanos al ser indivisibles forman parte de un conjunto inseparable de derechos, teniendo todos igual grado de importancia, por lo que no se permite colocar



uno por encima de otro ni menoscabar el uno por el otro. A este respecto, en la observación número 1 el Comité señala lo siguiente:

El reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre ellos los siguientes: el derecho al acceso a la justicia (art.13); el derecho a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental y a no ser obligado a someterse a un tratamiento de salud mental (art. 14); el derecho al respeto de la integridad física y mental (art. 17); el derecho a la libertad de desplazamiento y a la nacionalidad (art. 18); el derecho a elegir dónde y con quién vivir (art. 19); el derecho a la libertad de expresión (art. 21) ; el derecho a casarse y fundar una familia (art. 23); el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico (art. 25); y el derecho a votar y a presentarse como candidato en las elecciones (art. 29). El no reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona compromete notablemente su capacidad de reivindicar, ejercer y hacer cumplir esos derechos y muchos otros derechos establecidos en la Convención. (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2014, p.8)

La interpretación que hace el Comité al respecto de los derechos de las personas con discapacidad establecidos en la CRPD y su relación con otros derechos ilustra la importancia que tiene la capacidad jurídica para las personas con discapacidad intelectual, puesto que se considera la puerta para todos los demás derechos, y por ello serán desarrollados a continuación.

3.4.6. Capacidad jurídica y acceso a la justicia

El reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica es esencial para el acceso a la justicia en muchos aspectos. El artículo 13 de la CRDP establece la obligación de los Estados parte de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás, sin embargo, para que ellas puedan exigir el



cumplimiento de sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones, se les debe reconocer su personalidad jurídica, pero también su capacidad jurídica para acceder a la jurisdicción ordinaria. Cuando el derecho a la justicia es denegado, el resultado es la “muerte civil” de la persona. (Lawson, 2006-2007). A este respecto, Bariffi (2014) expone:

Históricamente, las personas con discapacidad han visto denegado su acceso a la justicia y al igual tratamiento por parte de cortes, tribunales, operadores jurídicos, sistema penitenciario, y demás cuerpos involucrados en la administración de justicia. Ello no solo a la hora de querer acceder a la justicia buscando reparación, sino también a la hora de aspirar a posiciones tales como jueces y demás actores en el ámbito de la administración de justicia. De este modo, diferentes barreras no solo limitan la posibilidad de utilizar el sistema de justicia por parte de las personas con discapacidad, sino que también limitan y/o impiden su posibilidad de contribuir a la administración de justicia, a la sociedad y a la comunidad. (p. 138)

Lo señalado por el autor representa la gran amenaza a la que están expuestos los derechos de las personas con discapacidad intelectual al no contar con el derecho a la capacidad jurídica. Uno de los problemas más grandes que surge ante la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es que no se da el mismo crédito a sus denuncias y declaraciones como se les da a los de las personas sin discapacidad, puesto se les discrimina en razón de su deficiencia. Asimismo, resulta violatorio que aunque el tutor o representante legal accione en nombre del incapaz, este quede supeditado total y exclusivamente a la voluntad o buena fe de su tutor, lo cual resulta complicado cuando se pretende acceder a la justicia por problemas con el tutor.

En ese sentido, el artículo 12 de la CRDP garantiza el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluida la capacidad de testificar en las actuaciones judiciales y administrativas y otras actuaciones jurídicas. Ese apoyo puede adoptar formas diversas, como el reconocimiento de distintos métodos de comunicación, la autorización de los testimonios por vídeo en determinadas situaciones, la realización de ajustes procesales (tales como la adaptación del proceso de denuncia, notificaciones y emisión de la sentencia en lectura fácil) la prestación de servicios de interpretación profesional en



lengua de señas y otros métodos de asistencia. También se debe impartir capacitación a los jueces y sensibilizarlos sobre su obligación de respetar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, con inclusión de su capacidad legal y de su legitimación para actuar (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014). En ese orden de ideas, Bariffi (2014) expone lo siguiente:

Se podría afirmar que la noción de acceso a la justicia del artículo 13 de la Convención se proyecta en al menos tres dimensiones, esto es, legal, física, y comunicacional. En lo que respecta a la dimensión legal, los Estados Partes deben asegurar que todas las personas con discapacidad tengan legitimación activa y pasiva para acceder efectivamente a los procedimientos judiciales en nombre propio. Esto se vincula directamente con el artículo 12 sobre la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica. En la dimensión física, los Estados Partes deberán asegurar que las instalaciones judiciales o las oficinas públicas de reclamación de derechos, sean accesibles a las personas con discapacidad. Esto se vincula directamente con el artículo 9, sobre accesibilidad. Finalmente, en lo que respecta a la dimensión comunicacional, los Estados Partes deberán asegurar que toda la información relevante que se provea en el curso de un proceso judicial sea accesible para las personas con discapacidad en formatos alternativos de comunicación. Esto se vincula directamente con los artículos 2 y 21. (p. 320)

En consecuencia, al tenor de lo expuesto, podemos advertir la estrecha relación que existe entre la capacidad jurídica y el acceso a la justicia, puesto que ésta última no sería posible si no se cuenta con una capacidad de ejercicio que lo permita.

3.4.7. Capacidad jurídica, libertad, seguridad y consentimiento

La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones (curador) es un problema habitual. Esa práctica constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos



12 y 14 de la CRDP, vulnerando el derecho de la persona con discapacidad a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental, práctica que es usual en países como el nuestro, ejemplo de ello es la sobrepoblación que hay actualmente en el Hospital Nacional de Salud Mental Dr. Carlos Federico Mora (Procurador de los Derechos Humanos, 2019).

Lamentablemente, el modelo imperante en materia de internamiento forzoso se basa en dos premisas, esto es que existe una enfermedad o trastorno psíquico que requiere de atención médica y que la persona no puede decidir por sí misma a raíz de dicho trastorno o enfermedad. A su vez, se suele justificar el internamiento (a veces de modo explícito y otras de modo implícito) por los siguientes tres motivos: i) riesgo grave para la salud de la persona; ii) riesgo grave de agresividad social; o iii) grave disminución de la autonomía personal (Secretario General de Naciones Unidas, 2003). Por ello, el artículo 14 de la CRPD no prohíbe al Estado la posibilidad de ingresar involuntariamente a personas para tratamientos médicos, pero sí prohíbe que dichas medidas se apliquen por motivos de discapacidad. Al respecto, en sus Observaciones Finales al Estado de Guatemala el Comité señaló lo siguiente:

El Comité observa con preocupación que las personas con discapacidad pueden ser privadas de su libertad por motivo de su discapacidad en virtud de lo dispuesto en el Código Civil del Estado Parte.

El Comité exhorta al Estado Parte a armonizar su legislación y políticas con la aplicación del artículo 14 de la Convención, asegurando que las personas con discapacidad no sean privadas de su libertad por razón de su discapacidad. El Estado Parte puede guiarse por las Directrices del Comité sobre el artículo 14. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016)

En esa misma línea, el artículo 25, inciso j) de la CRPD establece que los Estados exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas



con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado.

Lo anterior incluye a los profesionales de la psiquiatría, y a este respecto los mismos no deben permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones en su nombre. Deben velar por que la consulta se haga directamente a la persona con discapacidad y no obligarla a someterse a un tratamiento de salud mental sin su consentimiento.

Para que esto se cumpla es importante el reconocimiento de la capacidad jurídica, puesto que para que haya consentimiento debe haber autonomía y que para que haya autonomía debe haber ejercicio de los derechos humanos sin representación alguna.

3.4.8. Capacidad jurídica e integridad

El derecho a la integridad personal se encuentra establecido en diversos tratados internacionales ratificados por Guatemala, tales como el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 17 de la CRPD. De ahí su importancia en el presente trabajo. La integridad personal es un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de esas dimensiones (Afanador, 2002, p. 1). En ese sentido, el doctor Morales (2006) sostiene que:

al proteger la integridad es protegida la vida humana, mas no considerada en su totalidad como derecho a la existencia sino considerada parcialmente como derecho a no sufrir menoscabo en alguna de sus dimensiones fundamentales, bien sea corporal, psíquica o bien sea moral. (pp. 130-121)

En consecuencia, podemos decir que el derecho a la integridad es una libertad fundamental que protege a la persona de sufrir menoscabos en cualquiera de sus dimensiones, sea física, psíquica o moral, tal y como lo aseveren los autores en mención.



Como ha afirmado el Comité en varias de sus observaciones finales, tales como las Observaciones Generales No. 1, 3 y 6, el tratamiento forzoso por parte de profesionales de la psiquiatría y otros profesionales de la salud y la medicina es una violación del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y una infracción del derecho a la integridad personal. El tratamiento forzoso es un problema que afecta especialmente a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual y otras discapacidades cognitivas, lo que podría llegar a ser constitutivo de tortura, violencia, explotación o abuso.

En ese orden de ideas, la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (aprobado en Guatemala por el Decreto número 52-89 del Congreso de la República) en el artículo 1 señala lo siguiente:

Se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. (Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, artículo 1)

De dicha definición podemos deducir que la tortura es una violación grave a la integridad personal del ser humano puesto que le provoca intencionadamente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales. Asimismo, a esto debemos añadir que la tortura es considerada como un crimen de lesa humanidad o crimen de guerra en virtud de lo establecido en la propia Convención contra la tortura y del artículo 7, numeral 1, inciso f, y el artículo 8, numeral 2, inciso ii del Estatuto de Roma de la Corte Penal



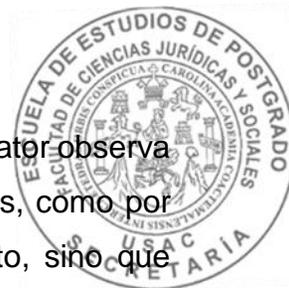
Internacional (aprobado en Guatemala por el Decreto número 3-2012 del Congreso de la República) y por ende su práctica está prohibida.

Entonces, ¿por qué decimos que la infracción a la integridad personal podría ser constitutivo de tortura? A este respecto, vale la pena traer a colación el informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nowak, 2008) en la cual propone encuadrar la prohibición de la tortura recogida en el artículo 15 de la CRPD con los 4 elementos esenciales del tipo penal de tortura establecida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura, definida previamente.

En ese sentido, en relación con el primer requisito de la definición de tortura “dolores o sufrimientos graves” el Relator Especial observa que mientras un tratamiento médico plenamente justificado puede provocar dolores o sufrimientos graves, los tratamientos médicos de carácter alterador e irreversible, en caso de que carezcan de finalidad terapéutica o traten de corregir o aliviar una discapacidad, pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente, situación que sucede en muchas ocasiones con las personas con discapacidad intelectual.

En relación con el requisito de intencionalidad, el Relator recuerda que el mismo puede acreditarse cuando se provoca a una persona “sufrimientos físicos o mentales por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”, lo que considera sucede cuando se discrimina a una persona por motivo de su discapacidad.

En relación con el requisito de propósito, el Relator señala que las personas con discapacidad suelen encontrarse bajo el control absoluto de otra persona, por ejemplo, cuando se les priva de su libertad en las cárceles u otros lugares o cuando están bajo el control de su cuidador o tutor legal.



Finalmente, en relación con el requisito de participación Estatal, el Relator observa que la prohibición de la tortura se aplica no solo a los funcionarios públicos, como por ejemplo los encargados de hacer cumplir la ley en el sentido más estricto, sino que también puede aplicarse a los médicos, los profesionales de la salud y los trabajadores sociales, incluidos los que trabajan en hospitales privados, otras instituciones y centros de detención.

Asimismo, Nowak (2008) señala que entre los principales tratamientos respecto a las personas con discapacidad y que suponen un menoscabo o afectación grave del derecho a la integridad personal podríamos citar los siguientes: “a) Tratamientos o prácticas en instituciones psiquiátricas, como electrochoques, sujeción o alimentación forzosa; b) medicalización forzosa; c) experimentaciones médicas o científicas; y d) esterilizaciones.

En consecuencia, la relación directa que existe entre el artículo 12 y los artículos 15 y 17 de la CRPD se centra en aquellos tratamientos médicos forzosos que pueden suponer un grave menoscabo del derecho a la integridad persona de las personas con discapacidad, cuyo proceso de toma de decisiones de dichos tratamientos es vedado. En cuanto a esto, la CIDH se pronunció en el caso Ximenes López vs. Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006, párrafo 133, al indicar lo siguiente:

La sujeción se entiende como cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento. La Corte toma nota que el uso de la sujeción posee un alto riesgo de ocasionar daños o la muerte del paciente, y que las caídas y lesiones son comunes durante dicho procedimiento. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párrafo 133)

Al tenor de lo expuesto por la CIDH, la sujeción se convierte en una vulneración al derecho de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad al interferir en su autonomía, pero también en una vulneración al derecho de la integridad, pues al no ser autónomos se pueden convertir en víctimas de tratamientos forzosos e internamientos voluntarios.



Finalmente, decimos que el Comité recomienda que los Estados parte velen por que las decisiones relativas a la integridad física o mental de una persona solo se puedan adoptar con el consentimiento libre e informado de la persona en cuestión (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014) pero como ya señalamos anteriormente, para que haya consentimiento debe haber autonomía y para eso debe haber capacidad jurídica que permita a una persona con discapacidad ejercer sus derechos por sí misma. Sin embargo, es importante indicar que ningún acto que conlleve tortura puede ser susceptible de llevarse a cabo, incluso con el consentimiento de la persona y el Estado debe tomar medidas para eliminar esas prácticas.

3.4.9. Capacidad jurídica y derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad

La capacidad jurídica permite que la persona con discapacidad pueda tener la oportunidad de vivir de forma independiente, haciendo elecciones y teniendo control sobre su vida diaria en igualdad de condiciones con los demás, y que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico, tal como lo preceptúa el artículo 19 de la CRPD.

Este derecho también está íntimamente ligado con el derecho de libertad, puesto que la segregación de las personas con discapacidad en instituciones sigue siendo un problema generalizado, agravándose por la frecuente negación de la capacidad jurídica, que permite que otros sean quienes otorguen su consentimiento para internarlos en entornos institucionales. Con frecuencia también se confiere a los directores de las instituciones la capacidad jurídica de las personas que residen en ellas, cuyo cargo no necesita discernimiento, tal como lo preceptúa el artículo 308 del Código Civil:

ARTÍCULO 308.- (Tutores legales) Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento. (Código civil, artículo 308)



A menudo se considera que las personas con discapacidad intelectual, especialmente aquellas con necesidades de comunicación compleja, entre otras cosas, no pueden vivir fuera de entornos institucionales. Además, las restricciones que imponen las leyes de tutela y normas o decisiones jurídicas similares impidan el ejercicio de este derecho, dado que otras personas como familiares o cuidadores son los que ejercen el control y restringen las opciones personales, decidiendo en nombre de su representado.

A este respecto, en la observación general número 5 en relación con el derecho de vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, el Comité señala lo siguiente:

Los Estados parte deben velar por que se respeten siempre los elementos fundamentales del artículo 19, sobre todo en períodos de crisis económica o financiera. Esos elementos fundamentales son: garantizar a todas las personas con discapacidad, independientemente de la deficiencia, el derecho a la capacidad jurídica, de conformidad con la observación general núm. 1 del Comité, para decidir dónde, con quién y cómo vivir.

El igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12) garantiza que todas las personas con discapacidad tienen derecho a ejercer su capacidad jurídica plena y, por lo tanto, a elegir y controlar su propia vida en igualdad de condiciones con las demás, decidiendo dónde, cómo y con quién quieren vivir, así como a recibir apoyo con arreglo a su voluntad y sus preferencias. A fin de realizar plenamente la transición al apoyo para la toma de decisiones y hacer efectivos los derechos consagrados en el artículo 12, es imprescindible que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de formar y expresar sus deseos y preferencias para ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Para ello, tienen que formar parte de la comunidad. Además, el apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica debe prestarse con un enfoque basado en la comunidad que respete los deseos y las preferencias de dichas personas. (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2017)



Sobre esa base, podemos decir entonces que para hacer efectivo el derecho de vivir de forma independiente y a formar parte de la colectividad es necesario el reconocimiento legal de la persona como ente autónomo para decidir con quién y dónde vivir.

3.4.10. Capacidad jurídica y el derecho a casarse y fundar una familia

En el artículo 23 la CRPD establece el derecho de las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales en igualdad de condiciones con las demás y continúa indicando que esto se hará sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges.

A este respecto es importante señalar que este consentimiento es para evitar un matrimonio concertado, por ejemplo, pero también se refiere a las limitaciones que el Estado ha impuesto a los cónyuges con discapacidad intelectual, dado que muchas se encuentran bajo regímenes que sustituyen su voluntad.

El derecho al matrimonio y a fundar una familia son derechos humanos establecidos en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 10 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado en Guatemala por el Decreto número 69-87 del Congreso de la República). Al respecto, el Comité DESC ha señalado específicamente en relación con las personas con discapacidad que el artículo 10 también implica:

Con arreglo a los principios generales del derecho internacional en materia de derechos humanos, que las personas con discapacidad tienen derecho a casarse y a fundar su propia familia. A menudo se ignoran o se niegan esos derechos, especialmente en el caso de las personas con discapacidad mental. En este y otros contextos, el término "familia" debe interpretarse ampliamente y de conformidad con las costumbres locales apropiadas. Los Estados Partes deben



velar por que las leyes y las prácticas y políticas sociales no impidan la realización de esos derechos. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1994)

En ese sentido, en sus observaciones finales al Estado de Guatemala, al Comité le preocupa que el Código Civil restringe el derecho de algunas personas con discapacidad a casarse y a ejercer a sus derechos parentales (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016) y de ello deviene la importancia del derecho a la capacidad jurídica puesto que garantiza que ninguna persona con discapacidad, incluyendo discapacidad intelectual sea privada de tomar sus propias decisiones, es decir, del derecho a manifestar su consentimiento libre y pleno para contraer matrimonio.

En esa misma línea, en el artículo 12 la CRPD también establece que se debe respetar el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos. A este respecto, el Comité en la observación general No. 6 señala lo siguiente:

Las personas con discapacidad son a menudo discriminadas en el ejercicio de su derecho a contraer matrimonio o en sus derechos familiares y a la patria potestad, debido a leyes y políticas discriminatorias y a medidas administrativas. Con frecuencia se considera que los progenitores con discapacidad no son aptos o capaces de cuidar a sus hijos. La separación de un niño o una niña de sus padres en razón de su discapacidad, de la de los progenitores, o de ambos constituyen discriminación y contraviene el artículo 23. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018)

También es importante relacionar este derecho con respecto a la capacidad jurídica, dado que la interdicción no permite que una persona pueda disfrutar de relaciones paternofiliales, ya que toda persona tiene derecho a decidir libremente sobre



el número de hijos que desea tener y a ejercer los derechos y deberes derivados de esa relación filial.

Finalmente nos encontramos frente el escenario de los derechos sexuales y reproductivos, propios del artículo en cuestión y que tiene conexión directa con la capacidad jurídica:

Los derechos sexuales y reproductivos son los derechos que garantizan la libre decisión sobre la manera de vivir el propio cuerpo en las esferas sexual y reproductiva; lo que implica el derecho de toda persona a decidir con quién, cuándo y cómo tiene o no relaciones sexuales o descendencia. (Peláez, 2012)

Este aspecto de los derechos de las personas con discapacidad no solamente es tabú y de denegación a lo largo de la historia, sino que también posee un claro componente de género, afectando principalmente a las mujeres y niñas con discapacidad. Los estereotipos relacionados con la discapacidad y género son formas de discriminación que tienen repercusiones en el disfrute de la salud, los derechos sexuales y reproductivos y de fundar una familia. A este respecto, en la observación general número 3 el Comité señala lo siguiente:

En la práctica, suele hacerse caso omiso de las opciones de las mujeres con discapacidad, especialmente las mujeres con discapacidad psicosocial o intelectual, y sus decisiones suelen ser sustituidas por las de terceros, incluidos representantes legales, proveedores de servicios, tutores y miembros de la familia, en violación de sus derechos en virtud del artículo 12 de la Convención. Todas las mujeres con discapacidad han de poder ejercer su capacidad jurídica tomando sus propias decisiones, con apoyo cuando así lo deseen, sobre la atención médica o el tratamiento terapéutico, incluidas las decisiones relativas a conservar su fertilidad y su autonomía reproductiva, ejercer su derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos, dar su consentimiento y aceptar una declaración de paternidad y ejercer su derecho a establecer relaciones. La restricción o supresión de la capacidad jurídica puede facilitar intervenciones forzadas, como la esterilización, el aborto, la anticoncepción, la mutilación genital femenina, las



intervenciones quirúrgicas o los tratamientos realizados en niños intersexuales sin su consentimiento informado y la detención forzosa en instituciones” (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016)

Al tenor de lo establecido, podemos afirmar que las mujeres con discapacidad tienen derecho a elegir el número de hijos que desean tener, así como ejercer control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libremente respecto a estas cuestiones por sí mismas y no por medio de la voluntad de sus representantes legales.

En ese sentido es importante anotar que las mujeres con discapacidad son discriminadas en especial por dos condiciones: la de género y la de discapacidad. Debemos saber que las situaciones de discriminación pueden verse alteradas o potenciadas cuando dos o más de ellas se presentan en una persona, y a esto se le conoce como interseccionalidad, concepto que fue desarrollado por Kimberlé Crenshaw (Bregaglio, et al., 2020, p. 5).

Al respecto, la combinación de ambas condiciones, discapacidad y género, han provocado un mayor grado de vulnerabilidad en las mujeres con discapacidad, dando como resultado que estas múltiples e interseccionales formas de discriminación contra las mujeres y niñas con discapacidad se materialicen en particular en relación con la igualdad de acceso a la educación, las oportunidades económicas, la interacción social y la justicia, el igual reconocimiento ante la ley y la capacidad de participar en la política y ejercer control de sus propias vidas en diversos contextos (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016).

En esa misma línea, es menester mencionar que el artículo 6 de la CRPD hace un llamado a los Estados parte para que implementen medidas orientadas al desarrollo, el adelanto y la potenciación de las mujeres y las niñas con discapacidad, tomando como punto de partida su opinión y el reconocimiento de su titularidad de derechos, cuyo



reconocimiento tiene una estrecha relación con el derecho a la capacidad jurídica (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016).

De esa cuenta, podemos comprobar una vez más la importancia de la capacidad jurídica en las personas con discapacidad y en lo que respecta de la mujer con discapacidad, en razón de que sin el ejercicio de su capacidad jurídica pueden estar amenazados sus derechos a casarse y a fundar una familia, así como demás derechos establecidos en la CRPD, sin dejar de lado que esto afecta a las personas con discapacidad en general, pero a las mujeres con discapacidad en mayor proporción por las razones ya expuestas.

3.4.11. Capacidad jurídica y el derecho a la participación política

La negación o la limitación de la capacidad jurídica han sido utilizadas para negar la participación política, especialmente al derecho al voto de las personas con discapacidad cognitiva. El artículo 29 de la CRPD reconoce la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad ya sea de forma activa o pasiva, sin embargo, las legislaciones internas suelen restringir o privar de este derecho a quienes no pueden ejercer su capacidad jurídica.

Uno de los aspectos fundamentales y básicos de los derechos políticos es el voto, por lo que al ser restringido se considera discriminación al respecto. Su negación puede resultar tácita, ya que el problema radica en el ejercicio al voto es un derecho personal e intransferible, por lo que el representante de la persona declarada en interdicción (curador) no puede ejercer este derecho en su nombre, y por lo tanto la persona con discapacidad tiene denegado este derecho.

En ese sentido, al Comité le preocupa que en el Estado de Guatemala haya personas con discapacidad que no puedan votar, especialmente las que están privadas de capacidad jurídica, las que residen en instituciones psiquiátricas o las pertenecientes

a comunidades indígenas (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016) y por ello recomienda que se tomen todas las medidas necesarias para su participación para votar y presentarse como candidatos.



La capacidad de adoptar decisiones no puede justificar que se excluya a las personas con discapacidad del ejercicio de los derechos políticos, incluidos el derecho de voto, así como el derecho de presentarse como candidato en elecciones, ejercer efectivamente cargos y desempeñar cualquier función pública en cualquier nivel del gobierno con ajustes razonables y apoyo, cuando lo deseen, en el ejercicio de su capacidad jurídica.

De esta manera, consideramos comprobar que la capacidad jurídica actualmente ya no solo es parte del derecho privado o derecho doméstico, sino que ahora también pertenece al derecho internacional de los derechos humanos, convirtiéndose así en un derecho fundamental de la persona con discapacidad reconocido en la CRPD, la cual fue ratificada por el Estado de Guatemala y cuya preeminencia es sobre el derecho interno.

CAPÍTULO IV



El Estado como garante del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual

En materia de derechos humanos, un Estado adquiere obligaciones al ratificar un tratado internacional de derechos humanos, mismos que consisten en respetar las libertades fundamentales, promoverlas, pero también garantizarlas y protegerlas, lo que significa que deben evitar que se violen los derechos de las personas y tomar medidas que garanticen su cumplimiento efectivo.

A este respecto, el Estado de Guatemala el 30 de septiembre de 2008 aprobó la CRPD y su Protocolo Facultativo a través del Decreto número 59-2008 del Congreso de la República, y tras hacerlo se comprometió a cada una de las obligaciones establecidas en el mismo, lo que incluye tomar medidas para garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

En ese sentido, después de haber realizado un recorrido sobre la discapacidad y su relación con los derechos humanos, sobre los regímenes que sustituyen la voluntad y el modelo de apoyos y salvaguardias y sobre la capacidad jurídica como un derecho humano, a continuación analizaremos la forma en cómo Perú y Colombia han puesto en práctica el sistema de modelo de apoyos y salvaguardias como medida para garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, análisis que permitirá su comparación con nuestra legislación y su posible uso, a fin de que el Estado cumpla con sus obligaciones contraídas y garantice el derecho en mención a este grupo poblacional.



4. Aplicación del modelo de apoyos y salvaguardias en otros países

El modelo de apoyos y salvaguardias aún no es implementado por todas las legislaciones de América Latina, sin embargo países como Perú y Colombia, cuyo ordenamiento civil deriva del germano-romano ya han modificado sus leyes al respecto han empezado a implementar dicho modelo, esto con el fin de cumplir con lo establecido en el artículo 12 de la CRPD relacionado con el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por lo que los desarrollaremos a continuación.

4.1. Perú

El Código Civil de 1984 de Perú en los artículos 42 y 43 reconocía la figura de la interdicción civil para la persona con discapacidad intelectual y/o psicosocial por considerarlas incapaces o relativamente incapaces. Sin embargo, el 4 de septiembre del 2018, mediante el Decreto Legislativo 1384 se derogaron los artículos que afectaban a esas personas y se realizaron otras modificaciones al Código Civil.

Este decreto reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, derogando, modificando e introduciendo artículos al Código Civil que se encuentren acordes a la CRPD.

4.1.1. Cambios relevantes sobre la capacidad jurídica en el Código Civil peruano

El Decreto Legislativo 1384 trajo consigo grandes cambios en la manera de comprender el derecho a la capacidad jurídica en el Perú, como el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la derogación de los artículos que fundamentaban la interdicción civil de personas con discapacidad



psicosocial e intelectual, la introducción del sistema de apoyos y salvaguardias (Paredes, 2019).

4.1.2. Reconocimiento de la capacidad jurídica

Antes de la publicación del decreto No. 1384, el Título V del Código Civil peruano brindaba una lista de personas que eran consideradas incapaces y relativamente incapaces. Dichas personas podían ser sujetas a un proceso de interdicción con el fin de nombrarles un curador que tomara decisiones en su lugar, sin embargo, con la publicación del decreto 1384, se reconoció la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (art. 42) y en consecuencia, se derogaron los artículos 43.2, 44.2 y 44.3 del Código Civil:

Código Civil Peruano de 1984	Decreto 1384
<p>Artículo 42º.- Plena capacidad de ejercicio. Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los Artículos 43º y 44º</p>	<p>Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena</p> <p>Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.</p> <p>Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.</p>



Artículo 43º.- Incapacidad absoluta
Son absolutamente incapaces:

- 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
- 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

Artículo 43º.- Incapacidad absoluta
Son absolutamente incapaces:

- 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
- 2.- DEROGADO

Artículo 44º.- Incapacidad relativa

Son relativamente incapaces:

- 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
- 2.- Los retardados mentales.
- 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
- 4.- Los pródigos.
- 5.- Los que incurren en mala gestión.

Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

- 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
- 2.- DEROGADO
- 3.- DEROGADO
- 4.- Los pródigos.
- 5.- Los que incurren en mala gestión.
- 6.- Los ebrios habituales.
- 7.- Los toxicómanos.
- 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
- 9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad **(AÑADIDO)**

Es importante mencionar que, aunque esto implica el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, permanece la interdicción civil en algunos supuestos. Sin embargo, los mismos ya no se mantienen por motivos de discapacidad.



4.1.3. Reconocimiento de apoyos y salvaguardias

Para que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sea una realidad, la CRPD nos refiere que se debe implementar un sistema de apoyos y salvaguardias, mismo que fue incluido en la reforma al código civil peruano con el fin de que las personas con discapacidad que lo soliciten, puedan ser apoyadas para manifestar su voluntad. Según la reforma al Código Civil en el artículo 659-B del Decreto 1384 establece el siguiente concepto sobre los apoyos:

Artículo 659 B.- Definición de apoyos. Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 569. (Decreto 1384, código civil peruano, artículo 659-B)

Ahora bien, en Perú las personas con discapacidad pueden solicitar apoyos de manera voluntaria y en su solicitud deberán precisar la cantidad de apoyos que desean tener, quiénes serán, por cuánto tiempo y para qué actos, esto según a lo establecido en el artículo 659 C del referido decreto.

En ese sentido, el trámite para el reconocimiento de apoyos se puede hacer ante un notario o ante juez competente cuando la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad, por lo que deberá presentar una solicitud en detalle donde establezca en qué consiste el apoyo o los apoyos que desea obtener. En los casos que la persona no pueda manifestar su voluntad, será el juez quién hará la designación de apoyos y salvaguardias, según a lo establecido en los artículos 659 D y E del Decreto 1384.



Es imprescindible mencionar que para la designación de apoyos se deben hacer esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener la manifestación de la voluntad de la persona. A este respecto, el Decreto supremo No. 016-2019-MIMP establece la siguiente definición:

Esfuerzos reales, considerables y pertinentes. Actos efectuados por el/la juez/a o por el/la notario/a para obtener la manifestación de voluntad de una persona con discapacidad, asegurando la adopción de medidas de accesibilidad, ajustes razonables, personas de confianza que actúan como facilitadoras de la comunicación, entre otros.

En el caso de que la persona no pueda manifestar su voluntad, el juez deberá investigar sobre las preferencias y trayectoria de vida de la persona. El fin no es interpretar la voluntad de la persona de acuerdo con las ideas de los familiares o incluso del propio juez o jueza, sino se busca aproximarse a lo que hubiese decidido la persona con discapacidad de poder transmitir su voluntad.

La reforma peruana estableció varios procesos para la designación de apoyos y salvaguardias en la vía judicial, siendo el primero de ellos el proceso de reconocimiento judicial, el cual es impulsado directamente por la persona con discapacidad. El segundo que es el proceso de designación, iniciado por un tercero cuando la persona con discapacidad no pueda expresar su voluntad y por último el proceso transformado a designación de apoyos, en lo que se incluyen a los procesos de interdicción civil en trámite, transformados y reconducidos con la vigencia del decreto legislativo 1384.

Finalmente, en la legislación peruana, el apoyo tendrá las siguientes acciones, sin perjuicio de otras que se precisen en el documento de designación, según el artículo 10 del Decreto Supremo 016-2019 MIMP:

- a) Facilitar la comunicación de la persona que cuenta con apoyo.
- b) Facilitar la comprensión de los actos que produzcan efectos jurídicos y sus consecuencias.



- c) Orientar a la persona que cuenta con apoyo, en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos.
- d) Facilitar la manifestación de voluntad de la persona que cuenta con apoyo

Una figura muy importante que establece la reforma peruana es la designación de apoyos a futuro vía notarial, según lo establece el artículo 659 f) del decreto legislativo 1384:

Toda persona mayor de 18 años de edad puede designar ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, la persona puede disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En el documento debe constar el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro surte eficacia. (Decreto 1384, código civil peruano, artículo 659 f)

La reforma peruana lo previó en virtud de requerir el apoyo al encontrarse la persona en una situación de discapacidad o estado de coma, a efecto que dichos apoyos faciliten la realización de actos que produzcan efectos jurídicos. Respecto a las salvaguardias, el artículo 659-G del decreto No. 1384 establece el siguiente concepto:

Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas. (Decreto 1384, código civil peruano, artículo 659-G)

En ese sentido, el decreto supremo No. 016-2019-MIMP establece que la determinación de las medidas de salvaguardias es obligatoria, estableciéndose de manera proporcional y de acuerdo a las circunstancias de la persona que cuenta con apoyo, considerándose como salvaguardia mínima los plazos para la revisión de los apoyos. De manera adicional, la persona que designa el apoyo puede determinar las medidas de salvaguardia que desee, que pueden comprender, entre otras, las siguientes:



- a) Rendición de cuentas, adjuntando los documentos que sustenten la administración de los bienes
- b) Realización de auditorías
- c) Supervisión periódica inopinada
- d) Realización de visitas domiciliarias inopinadas
- e) Realización de entrevistas con la persona designada como apoyo y personas cercanas a la persona con discapacidad
- f) Requerir información a las instituciones públicas o privadas, cuando el caso lo amerite o cualquier otra diligencia

Finalmente, en enero de 2019, Perú realizó su reglamento de transición al sistema de apoyo en observancia al modelo social de la discapacidad identificado como R.A. No. 046-2019-CE-PJ, cuyo alcance es a magistrados y magistradas, servidores y servidoras públicas, trabajadoras y trabajadores administrativos del Poder Judicial de acuerdo a su competencia. El mismo se utiliza para aquellos procesos de interdicción que cuenten con sentencia firme, en los cuales se haya nombrado curador para la persona con discapacidad y también para aquellos procesos de interdicción en trámite, iniciados con anterioridad a la vigencia del decreto legislativo 1384.

En relación con los procesos de interdicción que cuenten con sentencia firme en los cuales se haya nombrado curador para la persona con discapacidad, estas son algunas reglas por seguir:

1. Los jueces de oficio emitirán resolución informando la capacidad plena de goce y ejercicio de la persona con discapacidad que hubiere sido declarada interdicta, notificando al curador, a la persona con discapacidad, MP y demás partes en el proceso para que en el plazo de 15 días manifiesten si la persona con discapacidad necesita la designación de apoyos.
2. Cuando se solicite la designación de apoyos, el juez, una vez restituida la designación de apoyos, dispondrá la reconducción de la solicitud para el inicio de un nuevo proceso para hacer su designación.



3. Si la persona con discapacidad señala que no requiere apoyos se declara su restitución de la capacidad jurídica y se da por concluido el proceso. Solamente podrá pedir la designación de apoyos un tercero cuando la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad.
4. En el caso que nadie responda la notificación, el juez de oficio restituirá la capacidad jurídica del interdicto y como excepción designará apoyo con representación restringida en un nuevo proceso. Es importante indicar que el decreto supremo 016-2019-MIMP en su artículo 11, establece lo siguiente:
La facultad de representación ejercida por la persona de apoyo, se realiza respetando los derechos de la persona que cuenta con apoyo y conforme al criterio de la mejor interpretación de la voluntad. En caso se otorguen facultades de representación, la escritura pública o sentencia de designación de apoyo, debe establecer, de manera expresa, los actos para los cuales se faculta dicha representación. La persona designada como apoyo tiene la obligación de actuar respetando los derechos, la voluntad y preferencias de la persona que cuenta con apoyo. (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2019, pp.1-11)

En relación con los procesos de interdicción en trámite iniciados con anterioridad a la vigencia del Decreto legislativo 1384, estas son algunas reglas por seguir:

1. Los jueces deben suspender el trámite del proceso de interdicción civil, transformarlo y reconducirlo al proceso de designación de apoyos y salvaguardias, en la vía del proceso no contencioso.
2. Notificar a las partes para que en el plazo de 15 días manifiesten si la persona con discapacidad requiere la designación de apoyos.
3. Respecto a las medidas cautelares de designación de curador provisional, emitidas en los procesos de interdicción en trámite, el juez procederá a variar la medida cautelar por otra que garantice de igual forma los derechos de la persona con discapacidad, sin afectar el reconocimiento de su capacidad jurídica.



En el caso de Perú, el camino a la Reforma fue complejo, largo y finalmente exitoso. Incluso sin entrar a las complejidades de las implicancias en el Derecho Civil, podríamos decir que la reforma resulta más ventajosa que el modelo de interdicción y curatela por diversas razones entre las que destacan el que la persona puede escoger quién será su apoyo y el tiempo de duración de este. Además, resulta un cambio fundamental el que el rol del apoyo esté controlado por salvaguardias (Constantino y Bregaglio, 2020, p. 58).

4.2. Colombia

En el 2019 Colombia se convirtió en otro de los países de América Latina que a través de la aprobación del Decreto ley 1996 estableció el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Es menester mencionar que esta reforma se logró después de haber realizado varios cambios dentro de la legislación interna.

En el 2009 Colombia expidió la ley 1306 por medio de la cual fueron derogados, entre otros aspectos, términos discriminatorios y contrarios a la dignidad humana. A su vez, clasificó la discapacidad según la condición de la persona, entre absoluta y relativa. Las personas consideradas incapaces absolutos eran denominados interdictos y los incapaces relativos como inhabilitados. En la primera, cualquier persona quedaba facultada para solicitar el proceso de declaratoria de interdicción de la persona con discapacidad, mientras que en la segunda quedaban facultados para solicitar la acción que daba inicio al proceso de inhabilitación; solo aquellos que la ley específicamente determinara.

Cabe resaltar que el objetivo principal perseguido por el legislador al dictar la ley 1306 de 2009 fue reforzar la protección de las personas que específicamente se encontraban en condición de discapacidad mental o intelectual. Sin embargo, a la luz de esta normatividad, se presentaba una problemática mayúscula para las personas en



condición de discapacidad puesto que la posibilidad de tomar decisiones de forma autónoma e independiente se veía condicionada por el aval de un tercero. Lo anterior asemejó las circunstancias de estos individuos a aquellas en las que se encuentra un incapaz por razón de su edad, dejando en otros el poder de decisión que en muchas circunstancias atendía a sus intereses particulares y no a las necesidades o intereses de la persona que tenía a su cargo; en otras palabras, era clara la sustitución de la voluntad que suponía la normatividad del 2009 (Peters, 2020).

En ese sentido, Colombia decidió aprobar la ley 1996 de 2009, dejando sin vigencia todas las disposiciones anteriores que partían del supuesto de la incapacidad por razón de la discapacidad. La ley elimina la figura de interdicción y precisa que siempre se presume la capacidad legal de todas las personas sin distinción y que en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para restringir el ejercicio legal y el derecho a decidir de una persona.

La ley parte de que las personas con discapacidad pueden tomar sus decisiones, expresar su voluntad y preferencias, obligarse y cumplir con sus obligaciones de manera autónoma, haciendo uso de apoyos si así lo requieren.

Ahora bien, ¿cómo puede una persona con discapacidad ejercer su derecho a tomar decisiones y que esas decisiones sean respetadas en la celebración de actos jurídicos?

- a. Celebrando un acuerdo de apoyos: Los acuerdos de apoyo permiten que una persona mayor de edad formalice la designación de la o las personas, naturales o jurídicas, que le asistirán en la toma de decisiones respecto a uno o más actos jurídicos determinados. Estos se pueden celebrar ante un notario o ante los Centros de Conciliación y no podrá extenderse por un periodo superior a cinco años, pasados los cuales se deberá agotar de nuevo alguno de los procedimientos previstos en la ley para establecer nuevos apoyos.



- b. Solicitando al juez que designe apoyos a través de un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario cuando lo inicie un tercero, en el caso de que la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad.
- c. Suscribiendo una directiva anticipada mediante la cual se establece la expresión de su voluntad y sus preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos. La directiva anticipada podrá suscribirse ante notario por medio de escritura pública o ante conciliadores extrajudiciales, mediante acta de conciliación.

La persona de apoyo podrá ser una persona natural o jurídica de confianza de la persona con discapacidad, y si no lo hay, será un defensor personal de la Defensoría del Pueblo. Es importante indicar que la ley establece que en los casos en los que aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles, no sea posible establecer la voluntad y preferencias de la persona de forma inequívoca, se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la persona, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto. Para estos casos, se podrán realizar la adjudicación de apoyos transitorios, pudiendo la persona titular del acto jurídico oponerse a dicha adjudicación en cualquier momento.

En cuanto a las interdicciones que ya fueron ordenadas judicialmente, los jueces de familia deberán citar de oficio a las personas que cuenten con sentencia de interdicción, al igual que a las personas que fueron designadas como curadoras o consejeras de los interdictos para que comparezcan ante el juzgado para determinar si requieren de la adjudicación judicial de apoyos. Esto sucederá dentro de los 36 meses después de la entrada en vigencia del proceso de adjudicación de apoyos que la ley establece.



En ese plazo las personas, bajo medida de interdicción o inhabilitación, podrán solicitar la revisión de su situación jurídica directamente ante el juez de familia que adelantó el proceso de interdicción o inhabilitación. Recibida la solicitud, el juez citará a la persona bajo medida de interdicción o inhabilitación, al igual que a las personas designadas como curadores o consejeros para que comparezcan ante el juzgado para determinar si requieren de la adjudicación judicial de apoyos.

En consecuencia, no puede declararse interdicto a una persona, sin embargo, los interdictos con sentencia firme seguirán en esta condición hasta la revisión oficiosa del proceso que según la ley se tendrá un máximo de 36 meses para su revisión, es decir, 4 años.

En el caso de los procesos de interdicción en curso, los mismos se suspenden de manera inmediata. El juez podrá decretar, de manera excepcional, el levantamiento de la suspensión y la aplicación de medidas cautelares, nominadas o innominadas cuando lo considere pertinente para garantizar la protección y disfrute de los derechos patrimoniales de la persona con discapacidad.

Continuando con el tema, la reforma colombiana, aunque ya inició su proceso de transformación, aún se encuentra en paulatino cumplimiento y por ello algunos plazos por cumplir según el Ministerio de Justicia de Colombia (MINJUSTICIA) (2021) son los siguientes:

- a. La reglamentación de la prestación del servicio de valoración de apoyos que realicen las entidades públicas y privadas, se debe realizar en un plazo no superior a 18 meses, contados a partir de la promulgación de la Ley 1996.
- b. La entrada en vigencia y aplicación del proceso de adjudicación judicial de apoyos será 24 meses después de la promulgación de la Ley 1996.
- c. El proceso de revisión de interdicción o inhabilitación se realizará en un plazo no superior a 36 meses, contados a partir de la entrada en vigencia del capítulo V de la Ley 1996.



- d. El plan de formación a notarías y conciliadores extrajudiciales en derecho se realizará en un plano no superior a 1 año, contado a partir de la promulgación de la Ley 1996.
- e. El plan de formación a jueces y juezas de familia se realizará en un plazo no superior a 1 año, contado a partir de la expedición de los lineamientos de valoración señalados en el artículo 12 de la Ley 1996.
- f. El plan de formación al personal dispuesto a conformar el equipo interdisciplinario de los juzgados de familia se realizará en un plazo no superior a 1 año, contados a partir de la expedición de los lineamientos de valoración señalados en el artículo 12 de la Ley 1996

4.3. Guatemala

Como lo hemos venido mencionando a lo largo de este trabajo, el Estado de Guatemala aun cuenta con las figuras de interdicción y tutela para los declarados en estado de interdicción (curatela) ambos establecidos en los artículos 9 y 301 del Código Civil respectivamente y cuyo proceso se encuentra determinado en los artículos 406, 407, 408, 409 y 410 del Código Procesal Civil y Mercantil como un proceso especial de jurisdicción voluntaria.

Al respecto, como también, lo anterior violenta el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, establecido en el artículo 12 de la CRDP, ratificada por el Estado de Guatemala, puesto que con estas figuras los declarados en interdicción solo podrán ejercitar sus derechos y contraer obligaciones a través de sus representantes legales (curador).

En ese sentido vale la pena traer a colación las medidas que al respecto han implementado los Estados de Perú y Colombia para garantizar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y su factibilidad para ser implementadas en el país.



4.3.1. Medidas legislativas

Tanto el Estado de Perú como el de Colombia realizaron como primer paso para la garantía del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad una modificación a su legislación interna para adecuarla a la legislación internacional, en este caso a lo establecido en la CRPD.

El Estado de Perú lo realizó a través del Decreto 1384 el cual modificó su Código Civil y eliminó la figura de interdicción por motivos de discapacidad. El Estado de Colombia lo realizó con la aprobación del Decreto 1996 dejando sin vigencia todas las disposiciones anteriores que partían del supuesto de la interdicción por motivos de discapacidad, eliminándola de su legislación interna bajo la presunción de que todas las personas tienen capacidad legal sin distinción alguna.

Es menester indicar que a partir de esa reforma se estableció el sistema de apoyos y salvaguardias, sistema que permite el goce del derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, tomando en cuenta que el apoyo es elegido libremente por la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de sus derechos, comprensión de sus actos jurídicos y consecuencias de estos y la manifestación e interpretación de su voluntad; las salvaguardias son medidas que permiten garantizar que el apoyo respete los derechos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad.

En ese orden de ideas, tomando como base lo realizado por otros países, el Estado de Guatemala puede realizar como primera medida la modificación a su legislación interna, es decir, a lo establecido en el Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil, eliminando la figura de interdicción por motivos de discapacidad y dar lugar al sistema de apoyos y salvaguardias.

De esto es importante mencionar que actualmente existe una iniciativa de ley ante el Congreso de la República de Guatemala, Iniciativa 5125: Ley de Personas con Discapacidad, que en el artículo 33 reconoce el derecho a la capacidad jurídica de las



personas con discapacidad, indicando: igual reconocimiento como persona ante la ley. La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que los demás.

Propone en el artículo 168 la instalación de una mesa de trabajo para formular reformas al Código Civil y otras normas relacionadas al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad:

Artículo 168. Transitorio. Dentro del plazo de tres meses de la entrada en vigencia de la presente ley, la Comisión Sobre Asuntos de Discapacidad del Congreso de la República, deberá instalar una mesa de trabajo interinstitucional, a efecto de formular las reformas específicas al Código Civil y otras normas relacionadas que armonicen la legislación nacional con el artículo 12 y 23 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (Iniciativa de ley No. 5125: Ley de personas con discapacidad, artículo 168)

Esta iniciativa lamentablemente se encuentra detenida desde el 07 de febrero del 2017, fecha en la cual pasó a tercer debate y que desde ese momento no ha tenido ningún otro movimiento al respecto (Congreso de la República de Guatemala, 2020). No obstante, esto no significa que la propuesta de modificación no sea viable. Por el contrario, esto representa la necesidad urgente de adecuar la legislación interna con la CRPD para garantizar el goce pleno del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

4.3.2. Medidas judiciales

Como ya lo mencionamos, de la reforma peruana y colombiana surgió el modelo de apoyos y salvaguardias y en ambos países se puede realizar por la vía judicial.

En Perú, la persona con discapacidad puede acudir voluntariamente ante el juez de familia a través de un proceso de jurisdicción voluntaria para solicitar que se le nombre



el apoyo o los apoyos, y solo en el caso que no pueda manifestar su voluntad, el juez lo hará investigando sobre las preferencias y trayectorias de vida de la persona. De esto, la reforma peruana estableció 3 procesos judiciales: a) Proceso de reconocimiento judicial, b) Proceso de designación y c) Proceso de transformación a designación de apoyos.

En el caso de Colombia, la designación se puede hacer a través de un proceso de jurisdicción voluntaria cuando lo solicite la persona con discapacidad, o verbal sumario cuando lo inicie un tercero, esto en el caso de que la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad. De la reforma colombiana es importante resaltar que la designación de apoyos también se puede realizar por medio de un acuerdo de apoyos ante los Centros de Conciliación.

Ahora bien, en el caso de Guatemala, la declaratoria de interdicción se realiza por medio de un proceso especial de jurisdicción voluntaria ante el juez de familia, sin embargo, al quedar este sin efecto puede servir como base para el proceso de la designación de apoyos y salvaguardias, cuyo proceso definitivamente debe contener ajustes de procedimiento (sentencias en lenguaje fácil, por ejemplo) para que la persona con discapacidad pueda iniciarla de forma voluntaria. Sin embargo, al igual que Perú, el Estado de Guatemala puede permitir que un tercero solicite este apoyo, siempre que la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad, misma que deberá realizarse por dicha vía voluntaria.

Con respecto a los Centros de Conciliación como lo ha hecho Colombia, los mismos en Guatemala forman parte del Organismo Judicial, por lo que utilizar esta vía en nuestro país para la designación de apoyos es factible, a fin de que la designación sea célere, formal y se garanticen los derechos de las personas con discapacidad, por supuesto, únicamente cuando la persona pueda manifestar su voluntad.



4.3.3. Medidas notariales

Las reformas peruana y colombiana previeron que estas medidas solamente se puedan utilizar cuando la persona pueda manifestar su voluntad, a fin de que pueda solicitar la designación de apoyo y salvaguardias. Para ambos países, la designación se realiza por medio de escritura pública y se registra en el Registro de Personas Naturales.

De lo anterior es importante mencionar que Perú permite realizar la designación a futuro por medio de notario y Colombia permite suscribir una directiva anticipada ante notario; ambas figuras permiten que la persona con discapacidad designe un apoyo en caso de que en un futuro ya no pueda manifestar su voluntad.

Ahora bien, en el caso de Guatemala no se contempla ninguna de estas figuras (designación de apoyos, designación a futuro y directiva anticipada) sin embargo, el artículo 2 del Código de Notariado indica que el notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.

En ese sentido, podemos afirmar que el Estado de Guatemala puede implementar esta medida, facultando al notario como profesional del derecho y con fe pública para autorizar actos en los que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, para que pueda autorizar los actos que permitan la implementación del sistema de apoyos y salvaguardias, como ya lo mencionamos, solamente en los casos donde la persona pueda manifestar su voluntad.

4.3.4. Medidas administrativas

Perú no contempla ninguna medida al respecto, sin embargo, Colombia sí lo contempla al permitir que la persona de apoyo de la persona con discapacidad pueda ser un defensor personal de la Defensoría del Pueblo, siempre que la persona con



discapacidad no tenga a nadie de confianza que lo pueda ser y que lo solicite ante esta Defensoría, o bien cuando lo solicite el juez competente.

En ese orden de ideas, Guatemala también puede realizar este tipo de medida tomando en cuenta que tenemos una Procuraduría de los Derechos Humanos que tiene una Defensoría de las Personas con Discapacidad, por medio del cual consideramos se puede llevar a cabo el apoyo para la persona con discapacidad, pudiendo la persona con discapacidad solicitarla de forma voluntaria ante el Procurador sin mayor formalidad o bien, pudiendo solicitarlo el juez competente del proceso para aquellas personas que no pueden manifestar su voluntad y que tampoco tienen persona de confianza que pueda ser su apoyo.

En consecuencia, de las anteriores medidas podemos comprobar que el Estado de Guatemala tiene a su alcance los recursos para la implementación de ellas, que si bien es cierto no pueden realizarse de forma inmediata, las mismas pueden irse implementando de forma progresiva hasta alcanzar su perfeccionamiento, como lo es por ejemplo el caso de Colombia, cuyas medidas judiciales están propuestas para ser alcanzadas en su totalidad por el plazo no mayor a cuatro años.

4.4. El deber del Estado de garantizar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual

Como lo hemos venido abordando, el Estado juega un papel importante en el respeto, pero también en el cumplimiento de los derechos humanos, por lo que no está exento de cumplir con el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual establecido en la CRPD, misma que fue adoptada por Guatemala el 29 de octubre de 2008, a través del Decreto 59-2008 del Congreso de la República.



Derivado de lo anterior, tras su reconocimiento Guatemala quedó comprometida a cumplir con el catálogo de derechos establecidos en la misma, incluyendo el derecho a la capacidad jurídica. En ese sentido, es importante mencionar lo que el artículo 4.1a CRDP establece sobre las obligaciones generales a los cuales los Estados se comprometen, una vez las reconozcan como parte de su derecho interno.

La primera de las obligaciones es que los Estados parte deben de asegurar y promover los derechos de las personas con discapacidad sin discriminación por motivos de discapacidad, adoptando para ello medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacerlos efectivos. Con respecto a las medidas legislativas, estas deben incluir la modificación o derogación de leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación.

En ese orden de ideas, los Estados también deben tener en cuenta en todas las políticas y todos los programas a los derechos de las personas con discapacidad, así como velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con lo establecido en la CRPD. De esa cuenta, los Estados también deben emprender o promover el diseño universal para satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad. Asimismo, deben promover información accesible para este grupo poblacional, y finalmente promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad.

Una segunda obligación de los Estados es con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, y para ello deben adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles, para lograr de manera progresiva el pleno ejercicio de dichos derechos.

La tercera obligación consiste en que los Estados deben celebrar consultas estrechas y colaborar activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan para que este grupo poblacional pueda participar en la elaboración y aplicación de legislación



y políticas que permitan la efectividad de la CRPD, sin dejar de lado su participación en los procesos de adopción de decisiones en asuntos que les conciernen.

De lo anterior podemos comprobar que el Estado de Guatemala tiene varias obligaciones que cumplir en relación con los derechos de las personas con discapacidad. A este respecto es importante traer a colación que cuando los Estados ratifican tratados o convenciones internacionales en materia de derechos humanos, adquieren las obligaciones de respetar y de garantizar los derechos humanos.

La obligación de respetar, se caracteriza por la abstención del Estado de intervenir o disminuir el disfrute de los derechos. Asimismo, el respeto conlleva la protección, pues obliga al Estado a impedir que terceros obstaculicen u obstruyan el disfrute de derechos de una persona o grupo de personas. La CIDH se pronunció al respecto en la opinión consultiva OC- 6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A. No. 6, párrafo 21 al señalar lo siguiente:

La protección de los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1986, párrafo 21)

Al ser la capacidad jurídica un derecho reconocido convencionalmente, es claro que el mismo no puede ser menoscabado por lo que el Estado no puede interferir para su vulneración ni restricción. Por otro lado, la obligación de garantizar consiste en que el Estado facilite el acceso al disfrute de los derechos humanos, en que adopte las medidas necesarias y desarrolle las condiciones (promoción) que permitan a todas las personas el goce pleno y efectivo de sus derechos. Al respecto, en el Caso Velásquez Rodríguez



vs. Honduras (Fondo), sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, Párrafo 166, la CIDH señaló lo siguiente:

(...) Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, párrafo 166).

De esta manera, Medina (2005) apunta

Conforme a la obligación de garantía, en materia de derechos humanos, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe emprender acciones positivas. Estas acciones consisten en todas aquellas que resulten necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades (p. 17)

En ese sentido, el Estado además de organizarse también tiene la obligación de generar acciones positivas que permitan ejercer y gozar de los derechos y libertades fundamentales. Estas acciones se pueden traducir en medidas de diversa índole que aseguren el ejercicio de dichos derechos, en este caso, del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

Asimismo, lo anterior también significa que los Estados asumen la obligación jurídica de asegurar que sus leyes, políticas y prácticas nacionales estén en armonía con los derechos humanos. Es deber de los Estados no solo no infringir directamente los derechos, sino también asegurar las condiciones que permitan su respeto, protección, goce y ejercicio.

Ahora bien, también es importante traer a colación lo que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobado en Guatemala por el decreto número 55-96 del Congreso de la República) en los artículos 26 y 27:



Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados”. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 26 y 27).

Dichos artículos son claros y establecen la obligación de los Estados de cumplir con sus compromisos bajo el principio de buena fe, no pudiendo invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento.

En ese sentido, en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, el Estado de Guatemala debe cumplir con 4 obligaciones primordiales que se desprenden de lo establecido en el artículo 12 de la CRDP.

En primer lugar, los Estados deben reconocer la capacidad jurídica universal de todas las personas con discapacidad, incluidas las que necesitan apoyo intenso, como lo es el caso de las personas con discapacidad intelectual. En relación con este reconocimiento, la CIDH señala en el Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* lo siguiente:

El citado precepto (refiriéndose al artículo 3 de la Convención americana sobre derechos humanos) debe interpretarse a la luz de lo establecido por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que textualmente establece: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes. (Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Párrafo 179)



Al tenor de lo expuesto por la CIDH, podemos apuntar que el reconocimiento de la personalidad jurídica está íntimamente ligado con la capacidad jurídica, cuyo desconocimiento supone excluir en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, tal como también lo señala la CIDH en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay:

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer. La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones, y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de los mismos por parte del Estado o de particulares. (Sentencia de 29 de marzo de 2006, Reparaciones y Costas, párr., 188)

En ese sentido, continuando con el derecho a la personalidad jurídica, la CIDH se pronunció en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, señalando lo siguiente:

(...) En especial, la Corte ha observado que “el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley. (Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 172., párr., 166)

Ahora bien, como ya apuntamos, la personalidad jurídica y la capacidad jurídica están íntimamente ligadas, y para asegurar su ejercicio los Estados deben crear las condiciones jurídicas y administrativas necesarias, en atención al principio de igualdad ante la ley, o bien en igualdad de condiciones que los demás, tal como lo establece la CRPD.

Crear esas condiciones jurídicas conlleva aprobar leyes que reconozcan expresamente la capacidad de las personas con discapacidad, para crear relaciones



jurídicas, modificarlas o ponerles fin, así como ofrecer protección legal efectiva contra toda injerencia en esa capacidad (Devandas, 2017, p. 7).

A este respecto, en el 2016 Guatemala recibió por parte del Comité en sus observaciones finales, párrafo 32, la siguiente recomendación:

El Comité recomienda al Estado parte que adopte todas las medidas apropiadas para que todas las personas con discapacidad que se han visto privadas de su capacidad jurídica puedan ejercer todos los derechos consagrados en la Convención, como se indica en conformidad con su observación general nº 1 sobre el artículo 12 de la Convención. El Comité también recomienda al Estado parte que derogue los regímenes existentes de tutela total y parcial, que eliminan o limitan la capacidad jurídica de la persona, y desarrolle sistemas de apoyo para la toma de decisiones que permitan y promuevan el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2016, párrafo 32).

Esto se traduce como la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas para que toda discriminación asociada con la discapacidad sea eliminada, tal como lo señala la CIDH en el Caso Ximenes Lopez vs. Brasil:

Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C. No. 149, párr., 105)

Recordemos que Guatemala aún tiene las figuras de interdicción y curatela dentro de su legislación, por lo que es necesario que se adopten medidas legislativas que permitan el goce de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, puesto que los regímenes que sustituyen la voluntad limitan el ejercicio de dicho derecho.



En segundo lugar, los Estados deben abolir y prohibir todos los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, lo cual va en la misma dirección de establecer medidas legislativas que lo permitan. Es importante anotar que la CRDP prohíbe todas las formas de sustitución en la adopción de decisiones, incluidas las que se basan en la evaluación de la capacidad mental.

El derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados la obligación de velar por que su legislación sea conforme con las normas internacionales, por ello, la CRPD en el artículo 4, párrafo 1, incisos a) y b) señala que los Estados deben adoptar todas medidas legislativas que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la misma y que deroguen los instrumentos jurídicos que no sean compatibles con esta y constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. En consecuencia, los Estados deberían identificar todas las leyes que deben ser abolidas, modificadas o adoptadas para ajustar su marco normativo al artículo 12 de la CRPD.

En tercer lugar, los Estados deben desarrollar arreglos de apoyo de distinto tipos e intensidades, oficiales y oficiosos para la adopción de decisiones (Devandas, 2017).

Estos arreglos incluyen, por ejemplo, redes de apoyo, acuerdos de apoyo, grupos de apoyo entre pares y de autoayuda, apoyo para la defensa de los intereses propios, defensa independiente y directivas anticipadas.

Los Estados deben tomar todas las medidas que procedan para asegurar que los programas de apoyo respeten la dignidad inherente, la autonomía individual (incluida la libertad de tomar las propias decisiones) y la independencia de las personas; que se ofrezcan con carácter voluntario y respeten los principios de no discriminación e igualdad. Los arreglos de apoyo deben diseñarse de modo que den a las personas con discapacidad la posibilidad de elegir y ejercer el control de forma directa, a fin de que puedan planificar y dirigir su propio apoyo (Devandas, 2016, p. 15). Estas designaciones pueden ser de carácter legal o bien de carácter administrativo.



En cuarto lugar, los Estados deben establecer salvaguardias para velar por el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas que hacen uso de este apoyo. La relatora especial para los derechos de las personas con discapacidad señala lo siguiente:

Las salvaguardias relativas a la prestación de apoyo deben: a) basarse en los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; b) ofrecer protección contra el abuso y la influencia indebida; y c) ser proporcionales y estar adaptadas a las circunstancias de la persona. Las salvaguardias deberían incluir mecanismos de rendición de cuentas para garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona en la prestación de apoyo, así como mecanismos para impugnar la decisión de la persona encargada del apoyo si se cree que esta no actúa en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida. Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a diferentes formas de apoyo, como el asesoramiento independiente, también contribuye a reducir el riesgo de influencia indebida. Cabe destacar que las salvaguardias tienen por objeto proteger a las personas en la prestación de apoyo, no impedirles que tomen decisiones ni protegerlas de la posibilidad de asumir riesgos o de equivocarse. (Devandas, 2017, p. 9)

Aunado a lo anterior, es importante indicar que varios países han introducido en su legislación el reconocimiento de los regímenes de apoyo, como lo es el caso de Perú y Colombia. En algunos países las personas acuden a los tribunales para que se les reconozca su apoyo para la adopción de decisiones, por lo que son consideradas medidas jurisdiccionales y estas deben realizar todos los ajustes de procedimientos al respecto.

En ese orden de ideas, el establecimiento de apoyos también puede realizarse por acuerdos privados o directivas anticipadas, los cuales pueden ser ante los centros de conciliación o bien, ante notario evitando de esta manera la intervención judicial y que el procedimiento pueda realizarse con celeridad. Estas medidas son consideradas de carácter conciliatorio (ante conciliador) o bien de carácter notarial (ante notario).



Ahora bien, importante mención tiene la figura del defensor personal, como lo es el caso de la ley 1996 de 2009 de Colombia, el cual es nombrado judicialmente cuando la persona con discapacidad no tenga personas de confianza para designar como apoyos, el juez de familia le nombrará un defensor judicial para que realice dicha función. Sin embargo, este defensor judicial provendrá de la Defensoría del Pueblo (Procuraduría de los Derechos Humanos en Guatemala) por lo que esta modalidad tiene una combinación de medidas jurisdiccionales por vía voluntaria y medidas administrativas.

Entonces, el Estado de Guatemala está obligado a garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y para ello debe tomar todas las medidas necesarias para lograrlo, sean estas jurisdiccionales, legislativas, notariales o administrativas, tal como se han tomado en otros países y cuya comparación con nuestro ordenamiento interno hemos realizado. Los Estados deben considerar la ejecución de proyectos piloto sobre el apoyo para la adopción de decisiones en el marco de su obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso a apoyo para que puedan ejercer su capacidad jurídica. Las demostraciones al respecto pueden brindar a los legisladores, los encargados de formular políticas y la comunidad en general información valiosa acerca del funcionamiento, el costo y el valor del apoyo para la adopción de decisiones, y contribuir así a mejorar la formulación de leyes y políticas (Devandas, 2017, p. 21).

En ese sentido, el Estado de Guatemala debe emprender o promover la investigación en relación con la capacidad jurídica y el apoyo para la adopción de decisiones y aunado a ello debe darse una formación destinada a los actores clave. Lamentablemente, muchos de estos actores desconocen el tema de discapacidad, en especial los legisladores, abogados, notarios, funcionarios administrativos y operadores de justicia, quienes serían los actores principales de llevar a cabo el cumplimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual. Una buena investigación puede proporcionar información para generar leyes y políticas con posibles líneas de actuación para garantizar dicho derecho.



Finalmente, es necesario que el Estado de Guatemala realice consultas estrechas para que las personas con discapacidad intelectual y las organizaciones que las representan colaboren activamente en la formulación de leyes y políticas para garantizar su derecho a la capacidad jurídica. Al respecto, la observación general número 7 del Comité señala que las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan deben también participar en todos los procesos de adopción de decisiones relativos al diseño, la aplicación, la supervisión y la evaluación de los arreglos y servicios de apoyo.

Para todo lo anterior, el Estado de Guatemala tiene la obligación de movilizar el máximo de recursos para financiar las iniciativas, investigaciones, actividades de capacitación, consultas y campañas de sensibilización, las cuales son también fundamentales para lograr una garantía de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual. Los derechos humanos son para todas las personas sin distinción alguna y el Estado de Guatemala como garante debe cumplir con ellos, respetándolos, protegiéndolos, pero sobre todo garantizándolos, lo que incluye por supuesto, el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, establecido en el artículo 12 de la CRPD y en otros tratados.



CONCLUSIONES



El Estado de Guatemala debe tomar las medidas pertinentes para garantizar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, tales como:

- a) medidas legislativas para eliminar los regímenes que sustituyen la voluntad y reconocer el sistema de apoyo y salvaguardias;
- b) medidas judiciales que incluyen la designación de apoyos por la vía judicial y por medio de los Centros de Conciliación del Organismo Judicial;
- c) medidas notariales que incluyen la designación de apoyos por medio de notario en escritura pública, y la designación a futuro o directivas anticipadas;
- d) medidas administrativas que incluyen la figura del Defensor Personal de la Procuraduría de los Derechos Humanos como apoyo de la persona con discapacidad intelectual.

Posicionamiento que confirma la hipótesis planteada en esta investigación y que deben implementarse a través del Sistema de Apoyos y Salvaguardias para garantizar el pleno y libre ejercicio en igualdad de condiciones y sin discriminación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, a fin de lograr con autonomía el ejercicio de sus derechos fundamentales y que su voluntad les sea respetada en todos los aspectos de la vida.

El Estado de Guatemala incumple con garantizar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad regulado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y otros tratados, a través del establecimiento de regímenes que sustituyen la voluntad, perpetuados en nuestra legislación y que conllevan la violación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, vedándoles también el acceso a otros derechos.

El concepto de discapacidad ha evolucionado a lo largo de la historia, pasando del modelo de prescindencia al modelo médico y de este modelo al modelo social, cuya esencia es la inclusión de la persona con discapacidad en la sociedad, íntimamente ligado con los derechos humanos basados en el respeto de la dignidad humana, igualdad y libertad personal, por lo que la discapacidad ha pasado a ser parte de los derechos humanos.



La capacidad jurídica es un atributo de la persona humana, definición propia del derecho civil. Sin embargo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es la primera convención internacional en materia de derechos humanos en regularla como un derecho específico de las personas con discapacidad, por lo que actualmente la capacidad jurídica también es estudiada desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que constituye el acceso al ejercicio de otros derechos.

La tutela, curatela, interdicción e internamiento forzoso son regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, creados originalmente para proteger el patrimonio de una persona, más no a la persona como tal. Sin embargo, en muchas legislaciones como la nuestra aún continúan vigentes, por lo que muchas personas como lo son las personas con discapacidad intelectual continúan sin poder ejercer su autonomía y libertad en la toma de decisiones, dado que un tercero es quien decide por ellos. Por tal motivo, dichos regímenes deben ser abolidos para que las personas con discapacidad intelectual puedan tener acceso a su capacidad jurídica y demás derechos establecidos en la Convención.

Guatemala, tras haber ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se convirtió en Estado parte de la misma, por lo que a través del artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala dicha Convención pasó a ser parte del bloque constitucional y por ende de cumplimiento obligatorio. Por ese motivo, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, el Estado de Guatemala tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar lo establecido en la referida Convención a favor de las personas con discapacidad, lo que por ende incluye el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

REFERENCIAS



Afanador, M. (2002). *El Derecho a la Integridad Personal*. Colombia: s.e.

Bach, M. (2012). El Derecho a la Capacidad Jurídica a la luz de la Convención de la ONU Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos Fundamentales y Lineamientos para una Reforma Legislativa. En F. Biariffi, y A. Palacios (2012). *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión Desde la Convención*. Buenos Aires: Ediar.

Balaguer, A. (2014). *Diversidad(es) Discapacidad, Altas Capacidades Intelectuales y Trastornos del Espectro Autista*. Barcelona: UOC.

Bariffi, F. (2007). *La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos*. Madrid: Cinca, S.A.

Bariffi, F. (2009). Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar de las Personas con Discapacidad a la Luz de la Convención de la ONU. En Carballada, A., Pérez, L. Bueno, A., Sastre C., y Díaz, A. (año) *Hacia un Derecho de la Discapacidad: Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (pp. 353-390). Pamplona: Arazandi.

Bariffi, F. (2014). *El Régimen Jurídico Internacional de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.

Bariffi, F. (2020). El Modelo de Toma de Decisiones con Apoyos: De la Teoría a la Práctica. En Kant, A., y Culzoni, B. (2020). *Derechos y Salud Mental* (pp. 241-288). Buenos aires: s.e.

Biariffi, F. (2020). El Derecho a Decidir de las Personas con Discapacidad: Dignidad, Igualdad y Capacidad. En *Derechos de las personas con discapacidad psíquica e intelectual en las relaciones privadas*. Río de Janeiro: Processo.



Bariffi, F., y Palacios, A. (2007). *La Discapacidad Como una Cuestión de Derechos Humanos*. Madrid: Cinca.

Bonfante, P. (1985). *Instituciones de Derecho Romano II*. Madrid: Instituto Editorial.

Borda, G. (1965). *Manual del Derecho de Familia*. Buenos Aires: s.e.

Borda, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: La Ley.

Bregaglio, R., Ramos, V., Constantino, R., y Verano, C. (2020). *El Mandato de Toma de Consciencia en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad frente a los Estereotipos Interseccionales en Medios de Comunicación Sobre Mujeres con Discapacidad*. [Archivo PDF].
file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/ElmandatodetomadeconcienciaenlaConven
cinInternacionalsobrelosDerechosdelasPersonasconDiscapacidadfrentealosester
eotiposinterseccionalesenmediosdecomunicacinsobremujerescondiscapacidad.p
df

Castán, J. (1943). *Derecho Divil Español Común y Foral*. Madrid: Reus.

Chávez, H. (1987). *Derecho Familiar Peruano, tomo II*. Lima: Studium.

Cobo, F. (2010). *Guía de Atención Urgente sobre la Enfermedad Mental*. Córdoba: Defensor de la Ciudadanía de la Provincia de Córdoba.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1994). *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, Personas con Discapacidad*.
<http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm5s.htm>

Comité de Derechos Humanos. (2004). *Observación General No. 31 Comentarios Generales Adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La Índole de la Obligación Jurídica General Impuesta*.
<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp>



3f9kUFpWoq%2FhW%2FTpKi2tPhZsbEJw%2FGeZRATdbWLgyA1RX6IE1VC%
2FXrdwy1JEojEGK4mF1mRwn5H9lw%3D%3D

Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014). *Observación General No.1 Artículo 12: Igual Reconocimiento como Persona ante la Ley*. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016). *Observación General Número 3 sobre las Mujeres y las Niñas con Discapacidad*. <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/GC%20espa%C3%B1ol.pdf>

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016). *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el informe inicial de Guatemala*. <file:///C:/Users/USUARIO/Desktop/Pahola/Tesis%20Maestr%C3%ADa/Observaciones%20Generales/Observaciones-Finales-Guatemala-CDPD.pdf>

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017). *Observación general núm. 5(2017) Sobre el Derecho a Vivir de Forma Independiente y a ser Incluido en la Comunidad*. <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/GC%20articulo%2019%20vivir%20independientemente.pdf>

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018). *Observación General núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación*. [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/GC%206%20espa%C3%B1ol%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/GC%206%20espa%C3%B1ol%20(1).pdf)

Constantino, R. (1 de octubre del 2020). Apoyo (Presentación de Power Point). *Clases de Apoyo*. Perú, Lima.

Constantino, R., y Bregaglio, R. (2020). Un Modelo para Armar: La Regulación de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en el Perú a Partir del



Decreto legislativo 1384. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, (4), pp. 32-59.

Cornejo, H. (1987). *Derecho Familiar peruano, tomo II*. Lima: Studium.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre. Serie C No. 70. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de marzo del 2006). Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre. Serie C No. 172. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo) sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ximenes López vs. Brasil*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C. No. 149. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). *Opinión Consultiva OC-6/86 La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC- 6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A. No. 6. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf



Costantino, R. (2015). *Rampas, camilas, pastillas y más: Barreras en el ejercicio del derecho a la salud de personas con discapacidad*. Lima: Sonimágenes del Perú.

Cuenca, P. (2011). La Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad: el artículo 12 de. *Revista Derechos y Libertades*, pp. 221-255.

De Asís, R. (2013). *Sobre Discapacidad y Derechos*. Madrid: Dykinson.

Devandas, C. (2016). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Washington, s.e.

Devandas, C. (2017). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Washington, s.e.

Dias, M. (2007). Manual de Derecho de Familia. San Paulo: *Revista de Tribunales*, volúmen 4, p. 543

Díez, L., y Guillón, A. (1984). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.

D'ors, A. (1975). *Elementos de Derecho Privado Romano*. Navarra: Univerisdad de Navarra, S.A.

Duhalt, S. (1985). *Derecho de Familia*. México: Porrúa.

Ferrer, E., y Pelayo, C. (2017). *Las Obligaciones Generales de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. México: OSIDH.

Ferrer, E., y Pelayo, C. (2019). *Comentario Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá: Nomos Impresores.

Fix, H. (2007). *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Librería Editora Platense.

Galindo, I. (1997). *Derecho Civil. Parte general, personas y familia*. México: Porrúa.

Garfias, I. (1976). *Derecho Civil*. México: Porrúa.



Gros, H. (1991). *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*. Santiago: Jurídica de Chile.

Iglesias, J. (2008). Historia, Discapacidad y Valía. En *La Imagen Social de las Personas con Discapacidad*. (pp. 177-210). Madrid: CINCA.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Elementos Básicos sobre Derechos Humanos*. San José: Editorama, S.A.

Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo y Colectivo Vida Independiente. (s.f.). *Sin acción, no hay derecho*. PROLITSA.

Laurin, B. (2011). El Derecho a Vivir en Forma Independiente y a ser Incluido en la Comunidad: La Puesta en Práctica del artículo 19. En *Recopilación de las Ponencias de la Jornada del X Aniversario del Servicio de Apoyo a la Vida Independiente "Me voy a Casa"* (pp. 17-28). Barcelona: Fundación Catalana Síndrome de Down.

Lawson, A. (2006-2007). The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, volumen 34, pp.578-579.

León, A. (1952). *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Machicado, J. (14 de febrero de 2021). *Apuntes Jurídicos en la web*. https://jorgemachicado.blogspot.com/2011/06/cain.html#_Toc352228539

Medina, C. (2005) *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p.17.

Ministerio de Salud de Chile. (3 de marzo de 2020). *Minsal*. Obtenido de <http://ardilladigital.com/DOCUMENTOS/DISCAPACIDADES/PSIQUICA/Discapacidad%20mental%20-%20INP%20-%20folleto.pdf>



Minkowitz, T. (2007). *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions* (34). Nueva York: Syracuse Journal of International Law and Commerce.

Morales, S. (2006). *Introducción a los Derechos Humanos*. Guatemala: Taller de Estudio de Artes Gráficas Arte + Arte.

Moreno, J. (2011). *Estudios de Tradición Romanística: Tutela et Curatela*. Madrid: Dykinson, S.L.

Muñoz, A. (2010). *Discapacidad: Contexto, Concepto y Modelos*. Bogotá: International Law.

Nowak, M. (2005). *UN. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Germany: Engel Publisher.

Nowak, M. (2008). *Informe Provisional del Relator Especial Sobre la Cuestión de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*. Washington, s.e.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). *Preguntas Frecuentes sobre el Enfoque de Derechos Humanos en la Cooperación para el Desarrollo*. Nueva York y Ginebra.

Oliver, M. (2009). *Precedentes Romanos Sobre Adopción, Tutela y curatela*. Navarra: Derecho.

País, P. (2007). *Toría General de Direito Civil*. Almedina: Coimbra.

Palacios, A. (2008). *El Modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, S.A.

Palacios, A. (2017). *El Derecho a Tener Derechos: Algunas consideraciones sobre el Ejercicio de la Capacidad Jurídica y la Toma de Decisiones con Apoyo*. En



Derechos de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

- Paredes, R. (2019). Reconocimiento de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en el Perú: Avances y Retos en su implementación. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, (3), pp. 36-57.
- Peláez, A. (2012). *Derechos Sexuales y Reproductivos: La Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Discapacidad* (Vol. I). Madrid: Cinca.
- Pereira, C. (2004). *Instituciones del Derecho Civil*. Buenos Aires: X Forense.
- Peters, J. (09 de enero de 2020). *Revista Estudiantil de Derecho Privado*. <https://red.uexternado.edu.co/nuevo-regimen-de-capacidad-legal-en-colombia-ley-1996-de-2019-la-problematika-de-la-presuncion-de-capacidad-y-de-la-exigibilidad-y-cumplimiento-de-las-obligaciones-alimentarias-derivadas-de-las-rel>
- Petit, E. (1977). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México: Época.
- Pizarro, M. (2017). *Derecho Familiar*. México: Iure editores, S.A.
- Procurador de los Derechos Humanos. (2019). *Informe anual circunstanciado de actividades y de la situación de los derechos humanos*. Guatemala: s.e.
- Rodrigues, S. (2002). *Ditreiro civil. Parte general*. San Paulo: Saraiva.
- Romero, A. (2013). *Capacidad, Incapacidad e Incapacitación*. Madrid: Reus, S.A.
- Rubio, M. (1992). *El Ser Humano como Persona Natural*. Lima: Pontificio Universidad Católica del Perú.
- Sánchez, G., Navas, P., Verdugo, M., y Schalock, R. (2012). Derechos de las Personas con Discapacidad Intelectual: Implicaciones de la Convención de Naciones Unidas. *Siglo Cero*, volumen 39, pp.12-22.



Secretario General. (2003). *Progresos Realizados para Velar por el Pleno Reconocimiento y el Disfrute de los Derechos Humanos de las Personas Con Discapacidad*. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/disa58181s.htm>

SENADIS. (diciembre de 2015). *Discapacidad y Salud Mental: Una visión desde SENADIS*. Santiago de Chile: Alvimpress.

SENADIS. (diciembre de 2015). *Discapacidad y Salud Mental: Una visión desde SENADIS*. Santiago de Chile: Alvimpress.

Serrano, S. (2013). *Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos*. Ciudad de México: Fundación Konrad Adenauer. [Archivo PDF]. <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Obligaciones%20de%20los%20Estados.pdf>

Tobías, J. (2009). *Derecho de las Personas, Instituciones de derecho civil: para general*. Buenos Aires: La Ley.

Treviño, C. (2017). *Derecho Familiar*. México: Iure editores, S.A.

Unidad de Acceso a la Información Pública de la Institución del Procurador de los Derechos Humanos. (2021). *Resolución UIP. PDH. 55-2021*. Guatemala.

Van, J. (2006). Los Apoyos en Arduin sobre las Diversas Facetas de los Apoyos y la Implementación de la Escala de Intensidad de Apoyos (SIS) en una Organización de Servicios. *Siglo Cero, volumen 37*, pp.17-34.

Varsi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia (Vol. III)*. Lima: El Búho.

Varsi, E. (2014). *Tratado de Derecho de las Personas*. Lima: El Búho.

Vásquez, C. (2013). *Derecho Civil I, De las Personas y la Familia*. Guatemala: Pineda Vela.

Vásquez, A. (enero de 2020). El derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Presentación de Power Point*. Guatemala.



Verdugo, M. (1994). El Cambio de Paradigma en la Concepción del Retraso Mental: la Nueva Definición de la AARM. *Siglo Cero*, volumen 25, pp.2-42

Verdugo, M., y Schalock, R. (2010). Últimos Avances en el Enfoque y Concepción de las Personas con Discapacidad Intelectual. *Revista española sobre discapacidad intelectual*, (41), p. 9.

Wahlberg, E. (2014). *Discapacidad intelectual ¿Es la nueva denominación un cambio de perspectiva?* <http://www.icid.com.ar/archivos/articulos/apd11-discapacidad-intelectual.pdf>

Legislación Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, Decreto Número 52-89 del Congreso de la República de Guatemala

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo

Convención sobre los Derechos del Niño

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de los Derechos Humanos



Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Legislación Nacional

Constitución Política de la República de Guatemala

Decreto Ley No. 106 del Congreso de la República de Guatemala, Código Civil

Decreto Ley No. 107 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Civil

Decreto No. 314 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado

Decreto No. 135-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Atención a las
Personas con Discapacidad

Decreto 5-2011 del Congreso de la República de Guatemala, Reformas a las Ley de
Atención a las Personas con Discapacidad

Legislación Comparada

Colombia. Decreto 1429 de 2020, por el cual se reglamentan los artículos 16, 17 y 22 de la Ley 1996 de 2019 y se adiciona el Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho

Colombia. Ley 1996 de 2019, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad, mayores de edad.

Perú. Decreto Legislativo No.1384. Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.



Perú. Decreto Supremo No. 016-2019-MIMP. Decreto que aprueba el reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Perú. Reglamento de transición al sistema de apoyos en observación al modelo social de la discapacidad. R.A. N° 046-2019-CE-PJ